

Stephan Motzer

**DER GRUNDSATZ DER SUBSIDIARITÄT
DER VERFASSUNGSBESCHWERDE
NACH § 90 BVerfGG**

1979



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41555418_0013

Der Grundsatz der Subsidiarität
der Verfassungsbeschwerde
nach § 90 BVerfGG

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung des akademischen Grades eines
Doktors der Rechte durch den Fachbereich
Rechtswissenschaft der Westfälischen Wilhelms-
Universität zu Münster

vorgelegt von Stephan Motzer

aus Kaufbeuren

Jahr 1978



Erster Berichterstatter: Prof.Dr. Menger
Zweiter Berichterstatter: Prof.Dr. Achterberg
Dekan: Prof.Dr. Battes
Tag der mündlichen Prüfung: 9.2.1979



Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung und Problemstellung.....	1
II. Gang der Untersuchung.....	2
Erster Teil: Eingrenzung und Abgrenzung.....	4
I. Etymologische Untersuchung.....	4
II. Negative Abgrenzung des Subsidiaritätsbegriffes..	6
a) Das materielle Subsidiaritätsprinzip der Staatslehre.....	6
b) Die Subsidiarität des Strafrechts.....	12
Zweiter Teil: Die Subsidiarität der Verfassungs- beschwerde als Prozeßgrundsatz.....	13
I. § 90 II 1 BVerfGG als Ausgangspunkt der Unter- suchung.....	13
a) Rückblick.....	14
b) Der Standort der Lehre.....	16
c) Zusammenfassung.....	17
II. Die Methode, einen Grundsatz nachzuweisen.....	18
III. Die Ableitung des Grundsatzes der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde aus dem BVerfGG.....	23
a) Die Rechtsidee und ihre Tragweite.....	23
1.) Rechtssicherheit.....	24
2.) Entlastungsgedanke.....	25
3.) Edukationseffekt.....	26
4.) Gewaltentrennung.....	26
5.) Desintegration des Rechtslebens.....	27
6.) Eingliederung des VB-Verfahrens in die rechtsprechende Gewalt.....	28
7.) Materialien.....	28

II.

b)	Die abgelehnte Meinung Leibolds.....	30
c)	Zusammenfassung und Ergebnis.....	32
IV.	Der Grundsatz der Subsidiarität und die eingeschränkte Kognition.....	35
V.	Zur Terminologie.....	40
a)	Relative Subsidiarität.....	40
b)	Exkurs: Absolute Subsidiarität im schweizerischen Verfassungsprozeßrecht.....	41
c)	Die Geeignetheit der Bezeichnung "Subsidiarität".....	42
d)	Zusammenfassung.....	48
VI.	Die rechtliche Natur des Grundsatzes der Subsidiarität.....	49
a)	Die unterschiedlichen Rechtsgrundsätze und der Standort des Grundsatzes der Subsidiarität....	49
b)	Die konkrete prozessuale Bedeutung des Grundsatzes der Subsidiarität.....	54
c)	Zusammenfassung.....	58
Dritter Teil: Der Einfluß des Grundsatzes der Subsidiarität auf die unterschiedlichen Arten der VB nach § 90 BVerfGG.....		58
I.	Die unterschiedlichen VB-Verfahren.....	59
a)	Das Merkmal "öffentliche Gewalt" in § 90 BVerfGG.....	59
b)	Die Einteilung der Verfahren aus dem Blickwinkel der Rechtswegerschöpfung.....	60
c)	Die Einteilung vom Angriffsgegenstand her.....	63
II.	Die Interpretations-VB und der Grundsatz der Subsidiarität.....	64
a)	Die Ansicht des BVerfG.....	65
b)	Die Stellungnahme der Lehre.....	68
1.)	Die Ansicht Pohles.....	68
2.)	Die Forderung R. Schneiders.....	73
3.)	Eigene Stellungnahme.....	78

III.

c)	Die "gerichtsfreien Hoheitsakte".....	88
1.)	Ihre Rechtsnatur.....	88
2.)	Ihre Justitiabilität.....	89
3.)	Die Mindermeinung zum Begriff der (nicht) verfassungsrechtlichen Streitigkeiten des § 40 VwGO und ihr prozessualer Lösungsvor- schlag.....	90
4.)	Zusammenfassung.....	101
III.	Die Rechtssatz-VB und der Grundsatz der Subsidiari- tät.....	102
a)	Das Spannungsverhältnis zwischen Art. 19 IV GG und § 90 II 1 BVerfGG.....	102
1.)	Die "öffentliche Gewalt" i.S.d. Art. 19 IV GG.....	104
2.)	Die Rechtssatz-VB als "andere Zuständigkeit" 109	
3.)	Exkurs: Das Verhältnis des verwaltungsge- richtlichen Normenkontrollverfahrens nach § 47 VwGO zur Rechtssatz-VB.....	111
4.)	Zusammenfassung.....	114
b)	Der Zusammenhang zwischen rechtswidriger Norm und Grundrechtsverletzung des einzelnen.....	114
1.)	Die Zulässigkeitstrias des BVerfG: "Selbst, gegenwärtig und unmittelbar".....	116
2.)	Stellungnahme und Lösungsvorschlag.....	123
3.)	Zwischenergebnis.....	126
c)	Das prozessuale Verfahren bei grundrechtsver- letzenden Normen.....	126
1.)	Die Meinung Holtkottens.....	127
2.)	Die Meinung Bettermanns.....	128
d)	Eigener Lösungsvorschlag.....	136
1.)	Der besondere Prozeßgrundsatz der Subsidiari- tät der VB als Regulativ.....	138
2.)	Der allgemeine Prozeßgrundsatz des Fest- stellungsinteresses als Regulativ.....	139
3.)	Die praktische Konsequenz im Einzelfall....	144
aa)	Es ist bereits ein Einzelakt in Vollzug der Norm ergangen.....	144
bb)	Der Einzelakt ergeht erst nach Rechts- hängigkeit der Rechtssatz-VB.....	145
4.)	Zusammenfassung.....	151

IV.

Vierter Teil: Die relative Subsidiarität der VB nach der Rechtsprechung des BVerfG und ihre Vereinbarkeit mit der Ver- fassung.....	152
--	-----

I. Vorbemerkungen.....	152
II. Das Spannungsverhältnis zwischen Art. 93 I Nr. 4 a u. 94 II 2, 1. Alt.GG.....	158
a) Anmerkungen zur Methode der Verfassungsinter- pretation.....	160
1.) Grammatische Auslegung.....	164
2.) Systematische Auslegung.....	167
3.) Historisch-genetische Auslegung.....	171
4.) Teleologische Auslegung.....	182
b) Zusammenfassung.....	187

Literaturverzeichnis

Selbständige Schriften werden mit dem ersten oder mit dem das Werk kennzeichnenden Hauptwort zitiert. Ausnahmen hiervon sind besonders angegeben.

- Arens, Peter: Prozeßrecht und materielles Recht, in AcP 173 (1973), S. 250 ff.
- Arentz, Günther: Der Rechtscharakter des Artikels 19 IV des Grundgesetzes, Diss. Köln 1963.
- Arndt, Adolf: Die Erschöpfung des Rechtsweges, in NJW 1965, S. 807 - 809.
- Babel, Gisela: Probleme der abstrakten Normenkontrolle, in Schriften zum öffentlichen Recht, Bd. 25, Berlin 1965.
- Bachof, Otto: Nachwort zu Bettermann, Zur Verfassungsbeschwerde gegen Gesetze und zum Rechtsschutz des Bürgers gegen Rechtssetzungsakte der öffentlichen Gewalt, in AöR Bd. 86 (1961), S. 186 ff.
- Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung, 2. Aufl., Tübingen 1968.
- Badura, Peter: Verfassung, Staat und Gesellschaft in der Sicht des Bundesverfassungsgerichts, in Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Bd. 2, Tübingen 1976, S. 1 ff.
- von Bally, Karl-Michael: Verfassungsbeschwerde und Annahmeverfahren unter Berücksichtigung der Aufnahme der Verfassungsbeschwerde in das Grundgesetz, Diss. München 1972.
- Barion, Hans: Der Staat, 1964, S. 1 ff.
- Bartholomeyczik, Horst: Die Kunst der Gesetzesauslegung, Eine wissenschaftliche Hilfe zur praktischen Rechtsanwendung, 4. Aufl., Frankfurt u.a. 1967.
- Baumann, Jürgen: Strafrecht Allgemeiner Teil. Ein Lehrbuch, 8. Aufl., Bielefeld 1977.

Baumbach, Adolf / Lauterbach, Wolfgang / Albers, Jan /
Hartmann, Peter: Zivilprozeßordnung, 36. Aufl.,
München 1978.

Bernhard, Rudolf: Zur Anfechtung von Verwaltungsakten
durch Dritte, in JZ 1963, S. 302 ff.

Bernzen, Uwe: Das Subsidiaritätsprinzip als Prinzip
des deutschen Staatsrechts, Diss. Düsseldorf 1966.

Bettermann, Karl August: Die Einwirkung der Währungs-
reform auf schwebende Prozesse, insbesondere auf die
Zulässigkeit von Rechtsmitteln, in NJW 1948, S. 447 ff.

-- Der Schutz der Grundrechte in der ordentlichen
Gerichtbarkeit, in Die Grundrechte, Handbuch der
Theorie und Praxis der Grundrechte, Dritter Band,
2. Halbband, S. 779 ff., Berlin 1959.

-- Über richterliche Normenkontrolle, in ZZP Bd. 72
(1959), S. 32 ff.

-- Zur Verfassungsbeschwerde gegen Gesetze und zum
Rechtsschutz des Bürgers gegen Rechtssetzungsakte
der öffentlichen Gewalt. Beiträge zu Art 19 IV, 93,
100 des Grundgesetzes, §§ 90 - 95 des Bundesverfassungs-
gerichtsgesetzes und § 47 der Verwaltungsgerichtsordnung,
in AoR Bd. 86 (1961), S. 129 ff.

Birchmeier, Wilhelm: Handbuch des Bundesgesetzes über
die Organisation der Bundesrechtspflege vom
16. Dezember 1943, Zürich 1950.

Blomeyer, Arwed: Zivilprozeßrecht, Erkenntnisverfahren,
Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft,
Abteilung Rechtswissenschaft, Berlin u.a. 1963.

Böckenförde, Ernst-Wolfgang: Die Methoden der Verfassungs-
interpretation - Bestandsaufnahme und Kritik, in
NJW 1976, S. 2089 ff.

-- Überlegungen und Empfehlungen der Enquete-Kommission
Verfassungsreform im Hinblick auf die demokratisch-
parlamentarische Verfassungsorganisation, in
Cappenberger Gespräche, Bd. 13, Köln 1977, S. 49 ff.

Böll, Heinrich: Geleitwort zu "Briefe zur Verteidigung
der Republik", von Freimut Duve, Heinrich Böll und
Klaus Staeck, Hamburg 1977 (Rückseite des Einbandes).

Bötticher, Eduard: Kritische Beiträge zur Lehre von der
materiellen Rechtskraft im Zivilprozeß, Berlin 1930.

- Bogs, Harald: Die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Stuttgart 1966.
- Bomsdorf, Falk: Prozeßmaxime und Rechtswirklichkeit, Berlin 1971.
- Boulanger, Werner: Die geschichtlichen Grundlagen der heutigen Verfassungsbeschwerde, Diss. Heidelberg 1954.
- Brackmann, Kurt: Handbuch der Sozialversicherung, eine systematische Darstellung unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung, 1. - 8. Aufl., Lübeck 1977.
- Brinkmann, Ernst: Grundrechts-Kommentar zum Grundgesetz, Bonn 1967 ff. (zit.:GG).
- Brüggemann, Dieter: Judex statutor und judex investigator, Untersuchungen zur Abgrenzung zwischen Richtermacht und Parteienfreiheit im gegenwärtigen deutschen Zivilprozeß, Bielefeld 1968.
- Büsser, Kurt: Die Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde gegen Gesetze, Diss. München 1967.
- Canaris, Klaus-Wilhelm: Die Feststellung von Lücken im Gesetz, Berlin 1964.
- Coing, Helmut: Grundzüge der Rechtsphilosophie, 2. Aufl., Berlin 1969.
- Rezeption, in Evangelisches Staatslexikon, Stuttgart u.a. 1975, Spalte 2214 ff.
- Creifelds, Carl: Rechtswörterbuch, 5. Aufl., München 1978.
- Dagtoglou, Prodomos: Ersatzpflicht des Staates bei legislativem Unrecht? Tübingen 1963.
- Zu Art. 19 GG, in Kommentar zum Bonner Grundgesetz (Bonner Kommentar), Hamburg 1950 ff., Zweitebearbeitung Art 17, Dezember 1967.
- Dicke, Detlev: Die verfassungsrechtliche Problematik des Hamburger Deichverordnungsgesetzes, in DöV 1969, S. 554 ff.
- Diederichsen, Uwe: Topisches und systematisches Denken in der Jurisprudenz, in NJW 1966, S. 697 ff.
- Dietlein, Max: Neuregelungen für die Verfassungsgerichtsbarkeit, in DVBl 1971, S. 125 ff.

- von Doemming, Klaus Berto / Füsslein, Rudolf Werner / Matz, Werner: Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes, in JÖR (N.F.), Bd. 1 (1951), S. 1 - 941.
- Ehmke, Horst: "Ermessen" und "unbestimmter Rechtsbegriff" im Verwaltungsrecht, in Recht und Staat, Heft 230/231, Tübingen 1960.
- Prinzipien der Verfassungsinterpretation, VVDStRL Bd. 20 (1963), S. 53 ff.
- Engelmann, Klaus: Prozeßgrundsätze im Verfassungsprozeßrecht, Schriften zum Öffentlichen Recht, Bd. 316, Berlin 1977.
- Enneccerus, Ludwig / Nipperdey, Hans Carl: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Ein Lehrbuch von Ludwig Enneccerus, 15. neubearbeitete Auflage von Hans Carl Nipperdey, 1. und 2. Halbbd., Tübingen 1960.
- Erichsen, Hans-Uwe: Die Verfassungsbeschwerdebefugnis, in VerwArch 67 (1976), S. 187 ff.
- Staats- und Verfassungsgerichtsbarkeit, I, 2. Aufl., Frankfurt 1976.
- Esser, Josef: Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, Rechtsvergleichende Beiträge zur Rechtsquellen- und Interpretationslehre, 3., unveränderte Aufl., Tübingen 1974.
- Eyermann, Erich / Fröhler, Ludwig: Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 7. Aufl., München 1977.
- Federer, Julius: Aufbau, Zuständigkeit und Verfahren des Bundesverfassungsgerichts, in Das Bundesverfassungsgericht 1951 - 1971, 2. Aufl., Karlsruhe 1971, S. 59 ff.
- Fleiner, Fritz / Giacometti, Zaccaria: Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1949, Nachdruck 1965.
- Flume, Werner: Steuerwesen und Rechtsordnung, in Festschrift für Rudolf Smend zum 70. Geburtstag, Göttingen 1952, S. 59 ff.
- Forsthoff, Ernst: Die Umbildung des Verfassungsgesetzes, in Festschrift für C. Schmitt, Berlin 1959, S. 35 ff.
- Rechtsstaat im Wandel, Stuttgart 1964.

- Friesenhahn, Ernst: Die Staatsgerichtsbarkeit, in Handbuch des Deutschen Staatsrechts, herausgegeben von Gerhard Anschütz und Richard Thoma, Bd. 2, Tübingen 1932, S. 523 ff.
- Der Rechtsschutz im öffentlichen Recht nach dem Bonner Grundgesetz, Dt.Verwaltung 1949, S. 478 ff.
- Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland, in Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart (Länderberichte und Rechtsvergleichung), Heidelberg 1961, S. 118 ff.
- Geiger, Willi: Gesetz über das Bundesverfassungsgericht vom 12. März 1951, Kommentar, Berlin u.a. 1952 (zit.:BVerfGG).
- Die Verfassungsbeschwerde nach dem Gesetz über das Bundesverfassungsgericht vom 12.3.1951, BAnz. 1952, Nr. 30, Beilage.
- Germann, Oskar Adolf: Methodische Grundfragen, Sechs Aufsätze, Bonn 1949.
- Giacometti, Zaccaria: Die Verfassungsgerichtsbarkeit des schweizerischen Bundesgerichtes, Zürich 1933.
- Giebelmann, Ewald: Verfassungsbeschwerde gegen Entscheidungen der Zivil-, Verwaltungs- und Verfassungsgerichte, Diss. Hamburg 1956.
- Gierth, Karl: Vom Sachbescheidungsinteresse, in DVBl. 1967, S. 848 ff.
- Glaser, Krischan: Das Subsidiaritätsprinzip und die Frage seiner Verbindlichkeit nach Verfassungs- und Naturrecht, Diss. Berlin 1965.
- Göldner, Detlev: Verfassungsprinzip und Privatrechtsnorm in der verfassungskonformen Auslegung und Rechtsfortbildung, Berlin 1969.
- Goessl, Manfred: Organstreitigkeiten innerhalb des Bundes, Berlin 1961.
- Grunewald, Burkard: Verfassungsbeschwerde gegen Entscheidungen der Strafgerichte, Diss. Bonn 1959.
- Grunsky, Wolfgang: Grundlagen des Verfahrensrechts, 2. Aufl., Bielefeld 1974.

- Häberle, Peter: Die offene Gesellschaft der Verfassungsgesellschaft. Ein Beitrag zur pluralistischen und "prozessualen" Verfassungsinterpretation, in JZ 1975, S. 279 ff.
- Häfelein, Ulrich: Verfassungsgebung, in Probleme der Rechtssetzung, Referate zum Schweizerischen Juristentag, 1974, Schweizer Juristenverein, Bd. 108, S. 77 ff.
- Haferkamp, Jorn: Die verfassungsrechtlichen Grundlagen der Maxime des Verwaltungsprozessrechts, Diss. Münster 1973.
- Hagen, Johann Josef: Allgemeine Verfahrenslehre und verfassungsgerichtliches Verfahren, München u.a. 1971.
- Elemente einer allgemeinen Prozeßlehre, Freiburg, 1972.
- Hamann, Andreas / Lenz, Helmut: Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949, Kommentar, 3. Aufl., Neuwied u.a. 1970 (zit.: GG).
- Haug, Rüdiger: Die Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde bei mittelbarer Verletzung eines Grundrechts, Diss. Würzburg 1971.
- Henckel, Wolfram: Prozeßrecht und materielles Recht, Göttingen 1970.
- Henke, Wilhelm: Verfassung, Gesetz und Richter (Das Normenkontrollverfahren), in der Staat, Bd. 3 (1964), S. 433 ff.
- Anmerkung zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 25.6.1968 (BVerfGE Bd. 24, S. 33 ff.), JZ 1969, S. 145 ff.
- Herzog, Roman: Subsidiaritätsprinzip und Staatsverfassung. Der Staat 2, 1963, S. 399 ff.
- Subsidiaritätsprinzip, in Evangelisches Staatslexikon, Stuttgart/Berlin 1975, Sp. 2592 ff.
- Hesse, Konrad: Der Rechtsschutz durch staatliche Gerichte im kirchlichen Bereich, Göttingen 1956.
- Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 9. Aufl., Heidelberg 1976.
- Heyde, Wolfgang / Gielen, Peter: Die Hüter der Verfassung, Karlsruhe 1973.
- von der Heyde, August: Tragweite der Generalklausel in Art 19 Abs. 4 des Bonner Grundgesetzes (3. Aussprache), in VVDStRL Bd.8 (1950), S. 162 ff.

- Hippel, Fritz von: Wahrheitspflicht und Aufklärung der Parteien im Zivilprozeß, Frankfurt a.M. 1939.
- Hoffmann, Dieter: Das Petitionsrecht, Diss. Frankfurt 1959.
- Hoffmann, Heinrich: Die Rechtsschutzbehauptung im Verwaltungsprozeß, ein Beitrag zur Auslegung des § 42 II der Verwaltungsgerichtsordnung, in VerwArch Bd. 53 (1962), S. 297 ff.
- Holtkotten, Johann: Zur Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde gegen Gesetze, in NJW 1952, S. 528 ff.
- Huber, Hans: Die Garantie der individuellen Verfassungsrechte, Verhandlungen des Schweizerischen Juristenvereins 1936, 1. Heft, S. 118 a ff.
- Die Verfassungsbeschwerde, vergleichende und kritische Betrachtungen, Schriftenreihe "Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe", Heft 9, Karlsruhe 1954; ebenfalls abgedruckt in Rechtsschutz - Verfassungsrecht - Völkerrecht, Bern 1970, S. 122 ff.
- Hütten, Peter: Die Prozeßökonomie als rechtserheblicher Entscheidungsgesichtspunkt, Diss. Würzburg 1975.
- Hüttl, Adolf: Zur Auslegung des Rechts - besonders des öffentlichen Rechts - Bahnt sich eine Wandlung des Rechtsstils an?, in DVBL 1965, S. 61 ff.
- Hutzelmann, Helmut: Die prozessuale Bedeutung des Elfes-Urteils des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 6, S. 32), Diss. Regensburg 1970.
- Imboden Max: Normenkontrolle und Normeninterpretation, in Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit, Festschrift für Hans Huber zum 60. Geburtstag, Bern 1961, S. 133 ff.
- Verfassungsgerichtsbarkeit in der Schweiz, in Hermann Mosler, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart, Beiträge zum öffentlichen Recht und Völkerrecht, Bd. 36, Köln-Berlin 1962, S. 506 ff.
- Isensee, Josef: Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, Schriften zum öffentlichen Recht, Bd. 80, Berlin 1968.
- Jaeger, Ernst: Kommentar zur Konkursordnung und den Einführungsgesetzen, Bd. 2, 6. und 7. Aufl., Berlin u.a. 1936.

- Jauernig, Othmar: Zivilprozeßrecht, ein Studienbuch, 18., völlig neubearbeitete Auflage des von Friedrich Lent begründeten Werkes, München 1977.
- Jellinek, Walter: Tragweite der Generalklausel im Art 19 Abs. 4 des Bonner Grundgesetzes (3. Aussprache), in VVDStRL Bd. 8 (1950), S. 159 ff.
- Jerusalem, Franz W: Die Grundrechte des Bonner Grundgesetzes und ihre Durchsetzung in der Rechtsprechung, in SJZ 1950, S. 1 ff.
- Jesch, Dietrich: Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen in rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht, AöR 82 (1957), S. 163 ff.
- Jeschek, Hans-Heinrich: Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Berlin 1978.
- Kadel, Horst: Zur Geschichte und Dogmengeschichte der Feststellungsklage nach § 256 der Zivilprozeßordnung, Diss. Marburg 1967.
- Kalkbrenner, Helmut: Die rechtliche Verbindlichkeit des Subsidiaritätsprinzips, in Festschrift für Günther Küchenhoff, Zweiter Halbband, Berlin 1972.
- Kassimatis, Georg: Der Bereich der Regierung, Berlin 1967.
- Keller, Adolf: Die Kritik, Korrektur und Interpretation des Gesetzeswortlauts, Winterthur 1960.
- Kelsen, Hans: Allgemeine Staatslehre, Bad Homburg u.a. 1966 (unveränderter Nachdruck der 1. Aufl. 1925).
- Kimminich, Otto: Rechtsgutachten zu verschiedenen Bestimmungen des BSHG und des JWG, Bochum, Würzburg 1964.
- Kirchhof, Paul: Rechtsquellen und Grundgesetz, in Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlaß des 25 jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Bd. 2, Tübingen 1976, S. 50 ff (zit.: BVerfG u. GG).
- Klein, Friedrich: Tragweite der Generalklausel im Art 19 Abs. 4 des Bonner Grundgesetzes in VVDStRL, Bd. 8 (1950), S. 67 ff.
- Klug, Ulrich: Zum Begriff der Gesetzeskonkurrenz, in ZStW 1968, S. 399 ff.
- Knack, Hans-Joachim: Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, Köln u.a. 1976 (zit.: VwVfG).

- König, Hans-Günther: Der verfassungsrechtliche Rechtsschutz in Bayern, in BayVBl. 1958, S. 166 ff.
- Kopp, Ferdinand: Verwaltungsgerichtsordnung, 3. Aufl., München 1977.
- Kriele, Martin: Theorie der Rechtsgewinnung, entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation, Berlin 1967.
- Krüger, Herbert: Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl., Stuttgart 1966.
- Kuchinke, Kurt: Vergängliches und Bleibendes im Werke eines Gelehrten, Vortrag anlässlich des 20. Todestages von Adolf Schönke am 11.5.1973 auf Einladung des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht in Freiburg gehalten, in ZZP Bd. 86 (1973), S. 398 ff.
- Küchenhoff, Günther: Staatsverfassung und Subsidiarität, in Das Subsidiaritätsprinzip, Sammlung Politeia, Bd. 2, Heidelberg 1953, S. 67 ff.
- Küchenhoff, Günther und Erich: Allgemeine Staatslehre, 7. Aufl., Stuttgart 1971.
- Laforet, Wilhelm: Verwaltung und Ausführung der Gesetze nach dem Bonner Grundgesetz, in DöV 1949, S. 221 ff.
- Larenz, Karl: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2. Aufl., Berlin u.a. 1969.
- Lechner, Hans: Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 3. Aufl., München 1973 (zit.: BVerfGG).
- Leibholz, Gerhard / Rinck, Hans Justus: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar an Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 4. Aufl., Köln-Marienburg 1971 (zit.: GG).
- Leibholz, Gerhard / Rupprecht, Reinhard: Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Rechtsprechungskommentar, Köln-Marienburg 1968, mit Nachtrag 1971 (zit.: BVerfGG).
- Leibold, Jürgen: Die Eingliederung der Verfassungsschwerde in die rechtsprechende Gewalt und die Erschöpfung des Rechtsweges, Diss. Heidelberg 1972.
- Leisner, Walter: Grundrechte und Privatrecht, München 1960.
- Betrachtungen zur Verfassungsauslegung, in DöV 1961, S. 641 ff.
- Von der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze zur Gesetzmäßigkeit der Verfassung, Tübingen 1964.

- Lenz, Helmut: Der Umfang der gerichtlichen Prüfungsbefugnis gegenüber Rechtshandlungen des Regierungsbereiches in der Verfassungsordnung des Grundgesetzes, Diss. Marburg 1957.
- Lerche, Peter: Ordentlicher Rechtsweg und Verwaltungsweg, Berlin u.a. 1953.
- Wehrrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit, in DVBl 1954, S. 626 ff.
- Übermaß und Verfassungsrecht - zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit, Köln u.a. 1961.
- Förderalismus als nationales Ordnungsprinzip, VVDStRL 21 (1962), S. 66 ff.
- Verfassungsfragen um Sozialhilfe und Jugendwohlfahrt, Rechtsgutachten, Berlin 1963.
- Löw, Konrad: Dauerproblem Verfassungsbeschwerde, in DVBl 1973, S. 941 ff.
- Lorenz, Dieter: Der Rechtsschutz des Bürgers und die Rechtsweggarantie, München 1973.
- Lücke, Gerhard: Grundsätze des Verwaltungsprozesses, JuS 1961, S. 41 ff.
- Maihofer, Werner: Grundwerte Heute, in Staat und Gesellschaft, Presse- und Informationsamt der Bundesregierung, Bonn 1976.
- Majewski, Otto: Auslegung der Grundrechte durch einfaches Gesetzesrecht? in Schriften zum öffentlichen Recht, Bd. 162, Berlin 1971.
- Von Mangoldt, Hermann / Klein, Friedrich: Das Bonner Grundgesetz, Kommentar, 2. Aufl., Berlin u.a. 1957 (zit.: GG).
- Marcic, René: Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat, Wien 1957.
- Maunz, Theodor: Deutsches Staatsrecht, 20. Aufl., München 1975.
- Maunz, Theodor / Dürig, Günther / Herzog, Roman / Scholz, Rupert: Grundgesetz, Kommentar, München 1958 ff. (zit.: GG).

- Maunz, Theodor / Schmidt-Bleibtreu, Bruno / Klein, Franz / Ulsamer, Gerhard: Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar, München 1976 ff. (zit.: BVerfGG).
- Maurach, Reinhart / Zipf, Heinz: Strafrecht. Allgemeiner Teil, Teilbd. 1, 5. Aufl., Heidelberg u.a. 1977.
- Maurer, Hartmut: Rechtsschutz gegen Rechtsnormen, Festschrift für Kern, Tübingen 1968, S. 275 ff.
- Meyer-Ladewig, Jens: Sozialgerichtsgesetz, 1. Aufl., München 1977 (zit.: SGG).
- Medicus, Dieter: Subsidiarität von Ansprüchen, in JuS 1977, S. 637 ff.
- Meessen, Karl Matthias: Maßnahmegesetze, Individualgesetze und Vollziehungsgesetze, in DöV 1970, S. 314 ff.
- Memmer, Hermann: Die allgemeine Verfassungsbeschwerde nach dem Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Diss. Würzburg 1959.
- Menger, Christian-Friedrich: Der Begriff des sozialen Rechtsstaates im Bonner Grundgesetz, in Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Tübingen 1953.
- System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen, 1954.
 - Allgemeine Prozeßgrundsätze in der Verwaltungsgerichtsordnung, in Staatsbürger und Staatsgewalt, Bd. 2, Karlsruhe 1963, S. 427 ff.
 - Rechtsschutz im Bereich der Verwaltung, Versuch einer Bilanz, in DöV 1969, S. 153 ff.
 - Zur Kontrollbefugnis des Bundesverfassungsgerichts bei Verfassungsbeschwerden gegen Rechtsnormen, VerwArch Bd. 67 (1976), S. 303 ff.
- Menger, Christian-Friedrich / Erichsen, Hans Uwe: Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, in VerwArch Bd. 57 (1966), S. 377 ff.
- Messner, Johannes: Das Naturrecht, Innsbruck-Wien 1966.
- Michel, Helmut: Die verfassungskonforme Auslegung, in JuS 1961, S. 274 ff.
- Minnerop, Manfred: Materielles Recht und einstweiliger Rechtsschutz, Köln u.a. 1973.
- Mischke, Hans-Joachim: Die Verfassungsbeschwerde in Deutschland, Diss. Marburg 1954.

- Müller, Friedrich: Arbeitsmethoden des Verfassungsrechts, in Enzyklopädie der geisteswissenschaftlichen Arbeitsmethoden, hrsg. von M. Thiel, 11. Lieferung, Methoden der Rechtswissenschaft, Teil I., München u.a. 1972, S. 123 ff.
- Einige Leitsätze zur juristischen Methodik, in Probleme der Verfassungsinterpretation, Dokumente einer Kontroverse, herausgegeben von Ralf Dreier und Friedrich Schwegmann, Baden-Baden 1976, S. 248 ff.
- Juristische Methodik, Berlin 1976.
- Müller, Jürgen: Auswirkungen der unterschiedlichen Auffassung zum Rechtscharakter des Art. 2 I GG und zu dessen Schranken-Darstellung und Kritik, Diss. Münster 1970.
- Muthesius, Hans / Giese, Dieter: Die wichtigsten dogmatischen Grundsätze des Bundessozialhilfegesetzes, JuS 1962, S. 455 ff.
- von Mutius, Albert: Garantiert Art 19 IV GG Rechtsschutz gegen Bebauungspläne? in VerwArch Bd. 63 (1972), S. 207 ff.
- Zur "Subsidiarität" der Feststellungsklage, in VerwArch Bd. 63 (1972), S. 229 ff.
- Nawiaskey, Hans: Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe, Zürich u.a. 1948.
- Nawiaskey, Hans / Leusser, Claus: Die Verfassung des Freistaates Bayern, Ergänzungsband zum Handkommentar, München 1953.
- Nawiaskey, Hans: Allgemeine Staatslehre, in vier Teilen, der 2. Teil in zwei Bänden, Einsiedeln u.a. 1952 - 1958.
- von Nell-Breuning, Oswald: Das Subsidiaritätsprinzip, in Staatslexikon der Görresgesellschaft, Bd. 7, Sp. 826 ff., Freiburg 1962.
- Nipperdey, Hans C.: Boykott und freie Meinungsäußerung, in DVBl 1958, S. 445 ff.
- Obermayer, Klaus: Verwaltungsakt und innerdienstlicher Rechtsakt, Stuttgart u.a. 1956.
- Ossenbühl, Fritz: Probleme und Wege der Verfassungsauslegung, in DöV 1965, S. 649 ff.

- Pestalozza, Christian Graf von: Kritische Bemerkungen zu Methoden und Prinzipien der Grundrechtsauslegung in der Bundesrepublik Deutschland, in Der Staat, Bd. 2 (1963), S. 425 ff.
- "Noch verfassungsmäßige" und "bloß verfassungsmäßige" Rechtslagen, in Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlaß des 25 jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Bd. 1, Tübingen 1976.
- Peters, Hans: Geschichtliche Entwicklung und Grundfragen der Verfassung, bearbeitet von Jürgen Salzwedel und Günter Erbel, Berlin u.a. 1969.
- Peters, Horst / Sautter, Theodor / Wolff, Richard: Kommentar zur Sozialgerichtsbarkeit, ausführliche Erläuterungen zum Sozialgerichtsgesetz, Stuttgart u.a. 1953 ff. (zit.: SGG).
- Peters, Karl: Die Verfassungsbeschwerde in der amtlichen Sammlung des Bundesverfassungsgerichts (Bände 1 - 40), in MDR 1976, S. 447 ff.
- Pfeiffer, Gerd: Die Verfassungsbeschwerde in der Praxis, Essen 1959.
- Pieroth, Bodo: Anmerkung zum Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 2.10.1973, DVBl 1974, S. 195 ff.
- Pohle, Rudolf: Verfassungsbeschwerde und Zivilprozeß in Bayern, in Beiträge zum Zivilprozeßrecht, Festgabe zum 70.Geburtstag von Leo Rosenberg, S. 145 ff., München u.a. 1949.
- Bemerkungen über Verfassungsbeschwerde und Normenkontrolle nach Bundes- und nach Landesrecht aus Anlaß des hessischen Sozialisierungsstreites, Rechtsgutachten, Hessische Landesregierung in Wiesbaden 1953.
- Zur Lehre vom Rechtsschutzbedürfnis, in Festschrift für Friedrich Lent zum 75.Geburtstag, S. 159 ff. München u.a. 1957.
- Radbruch, Gustav: Rechtsphilosophie, 4. Aufl., Stuttgart 1950.
- Raschauer, Bernhard: Verfassungsbeschwerde gegen Rechtsätze, DöV 1976, S. 698 ff.
- Redelberger, Oskar: Die Verfassungsbeschwerde, in NJW 1953, S. 361 ff.

- Reifenberg, Alois: Die Bundesverfassungsorgane und ihre Geschäftsordnung, Diss. Göttingen 1958.
- Renck, Ludwig: Die verfahrensrechtlichen Möglichkeiten eines Rechtsschutzes bei Rechtsverletzungen unmittelbar durch Rechtsvorschriften, in DöV 1964, S. 651 ff.
- Feststellung der Wirksamkeit von Verfassungsakten, in NJW 1965, S. 1791 ff.
- Ridder, Helmut: Anmerkung zum Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 17.10.1967, JZ 1968, S. 377 ff.
- Operation Verfassungsbeschwerde, in NJW 1972, S. 1689 ff.
- Rödig, Jürgen: Die Theorie des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens, Berlin u.a. 1973.
- Röhl, Helmut: Formalien der Verfassungsbeschwerde, in MDR 1954, S. 387 ff.
- Roellecke, Gerd: Prinzipien der Verfassungsinterpretation in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlaß des 25 jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Bd. 2, Tübingen 1976, S. 22 ff.
- Roemer, Walter: Das Gesetz über das Bundesverfassungsgericht, in JZ 1951, S. 193 ff.
- Rosenberg, Leo / Schwab, Karl-Heinz: Zivilprozeßrecht, 11. Aufl., München 1974.
- Rupp, Hans H.: Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, Tübingen 1965.
- Rupp, Hans G.: Die Verfassungsbeschwerde im Rechtsmittelsystem, in ZZP, Bd. 82 (1969), S. 1 ff.
- Rupperecht, Reinhard: Änderung des Bundesverfassungsgerichtsgesetz, in NJW 1971, S. 169 ff.
- Sailer, Christian: Verfassungsbeschwerde im Zwielficht, in ZRP 1977, S. 303 ff.
- Sauer, Wilhelm: Juristische Elementarlehre in Leitsätzen für Theorie und Praxis, 1944.
- von Savigny, Friedrich Carl: System des heutigen Römischen Rechts, Erster Band, Berlin 1840.

Schäfer, Hans: Anmerkung zum Urteil des Bundesverfassungsgerichtshofs von Rheinland-Pfalz vom 18.11.1957, in DVBl 1958, S. 362 ff.

-- Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit, in Staatsbürger und Staatsgewalt, Bd. 1, Karlsruhe 1963, S. 159 ff.

Schäfer, Ludwig: Verfassungsbeschwerde und Erschöpfung des Rechtswegs durch Gegenvorstellung, in BayVBl 1976, S. 679 ff.

Scherer, Gisela: Die Verfassungsbeschwerde in ihrer Bedeutung für den gerichtlichen Rechtsschutz gegen Grundrechtsverletzungen durch die öffentliche Gewalt, Diss. Freiburg 1959.

Scheuerle, Wilhelm: Das Wesen des Wesens, Studien über das sogenannte Wesensargument im juristischen Begründen, in AcP Bd.163 (1964), S.429 ff.

Scheuner, Ulrich: Pressefreiheit, in VVDStRL 22 (1965), S. 1 ff.

-- Normative Gewährleistungen und Bezugnahme auf Fakten im Verfassungstext, Ein Beitrag zur Auslegung der Grundgesetze, in Öffentliches Recht und Politik, Festschrift für Hans Ulrich Scupin zum 70.Geburtstag, Berlin 1973.

Schima, Hans: Die Lückenlosigkeit des Rechtsschutzsystems und ihre Grenzen, Festgabe für Max Gutzwiller, Basel 1959, S. 523 ff.

Schleich, Klaus: Besprechung von Zembsch, Verfahrensautonomie des Bundesverfassungsgerichts, in ZZP Bd. 86 (1973), S. 227 ff.

Schleifenbaum, Heinrich: Die allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts als revisibles Bundesrecht, Diss. München 1966.

Schmelter, Hubert: Rechtsschutz gegen nicht zur Rechtsetzung gehörende Akte der Legislative, Gleichzeitig ein Beitrag zur Auslegung des Art. 19 IV GG, Berlin 1977.

Schmidt-Bleibtreu, Bruno: Anmerkung zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 13.12.1961, DöV 1962, S. 105 ff.

-- Die Verfassungsbeschwerde nach Bundesrecht, in BayVBl 1965, S. 289 ff.

- Schmidt-Bleibtreu, Bruno / Klein, Franz: Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 4. Aufl., Neuwied u.a. 1977 (zit.: GG).
- Schmidt-Salzer, Joachim: Vorkonstitutionelle Gesetze, verfassungskonforme Auslegung und ungeschriebene, unbestimmte Rechtsbegriffe, in DöV 1969, S. 97 ff.
- Schneider, Peter: In dubio pro libertate, in Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundert-jährigen Bestehen des deutschen Juristentages 1860 - 1960, Bd. II, Karlsruhe 1960, S. 263 ff.
- Prinzipien der Verfassungsinterpretation (Leitsätze 1963), in Probleme der Verfassungsinterpretation, Dokumentation einer Kontroverse, herausgegeben von Ralf Dreier und Friedrich Schwegmann, Baden-Baden 1976, S. 156 ff.
- Schneider, Rudolf: Das Rechtsschutzbedürfnis im Verfahren der Verfassungsbeschwerde, in ZZP Bd. 79 (1966), S. 1 ff.
- Schneider, Adolf: Das Rechtsschutzbedürfnis. Ein zivilprozessualer Grundbegriff, in AcP Bd. 150 (1949), S. 216 ff.
- Das Rechtsschutzbedürfnis, Studium zu einem zivilprozessualen Grundbegriff, in Prozeßrechtliche Abhandlungen, Heft 17, Detmold u.a. 1950.
- Schönke, Adolf / Kuchinke, Kurt: Zivilprozeßrecht, 9. Aufl., Karlsruhe 1969 (zit.: ZPO).
- Schönke, Adolf / Schröder, Horst / Niese, Werner: Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, 8. Aufl., Karlsruhe 1956.
- Schrickel, Hans-Wilhelm: Die Verfassungsbeschwerde gegen unterstaatliches Recht in ihrem Verhältnis zur verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle, Diss. Frankfurt 1972.
- Schütz, Jörg: Der Grundsatz der Subsidiarität im Grundgesetz, Diss. Würzburg 1965.
- Schuler, Andrea: Die Verfassungsbeschwerde in der Schweiz, der Bundesrepublik Deutschland und Österreich, in Züricher Beiträge zur Rechtswissenschaft, Neue Folge, Heft 306, Zürich 1968.
- Schumann, Ekkehard: Verfassungs- und Menschenrechtsbeschwerde gegen richterliche Entscheidungen, Schriften zum öffentlichen Recht, Bd. 11, Berlin 1963.
- Einheit der Prozeßrechtsordnung oder Befreiung des Verfassungsprozeßrechts vom prozessualen Denken, in JZ 1973, S. 484 ff.

- Schumann, Ekkhard: Prozeß, Prozeßarten, in Evangelisches Staatslexikon, Stuttgart u.a. 1975, Sp. 1942 ff.
- Schunck, Egon / De Clerck, Hans: Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, Siegburg 1977.
- Seiwerth, Jakob: Zur Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde gegenüber Grundrechtsverletzungen des Gesetzgebers durch Unterlassen, Neue Kölner Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Heft 20, Berlin 1962.
- Seuffert, Walter: Über gerichtsfreie Akte und die Grenzen des Rechts, in Festschrift für Gerhard Müller, zum 70. Geburtstag des Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts, Tübingen 1970, S. 491 ff.
- Die Verfassungsbeschwerde in der Verfassungsgerichtsbarkeit, in Das Bundesverfassungsgericht 1951 - 1971, S. 159 ff., Karlsruhe 1971.
- Siegmund-Schultze, Gerhard: Die Bekanntgabe von Verwaltungsakten mit mehreren Betroffenen, in DVBl Bd. 81 (1965), S. 247 ff.
- Sمند, Rudolf: Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze, Berlin 1968.
- Späth, Peter: Wesen, Umfang und Wirkung der Verfassungsbeschwerde, Diss. München 1955.
- Spanner, Hans: Verfassungsprozeß und Rechtsschutzbedürfnis, in Festschrift für Hermann Jahrreiß zu seinem 70. Geburtstag, Köln u.a. 1964.
- Die verfassungskonforme Auslegung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in AÖR Bd. 91 (1966), S. 503 ff.
- Die Beschwerdebefugnis bei der Verfassungsbeschwerde, in Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlaß des 25 jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Bd. 1, Tübingen (1976), S. 374 ff. (zit.: BVerfG u. GG).
- Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, II. Bd., Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1 b, § 242, Erläuterungen und Register von Wilhelm Weber, 11. Aufl., Berlin 1961 (zit.: BGB).
- Stein / Jonas: Kommentar zur Zivilprozeßordnung, bearbeitet von Rudolf Pohle, Wolfgang Grunsky, Dieter Leipold, Wolfgang Münzberg, Peter Schlosser, Ekkehard Schumann, 19. Aufl., Tübingen 1964 ff. (zit.: ZPO).
- Steinwedel, Ulrich: "Spezifisches Verfassungsrecht" und "einfaches Recht", der Prüfungsumfang des Bundesverfassungsgerichts bei Verfassungsbeschwerden gegen Gerichtsentscheidungen, in Studien und Materialien zur Verfassungsgerichtsbarkeit, Bd. 6, Baden-Baden 1976.

Stephan, Bodo: Das Rechtsschutzbedürfnis. Eine Gesamtdarstellung unter besonderer Berücksichtigung des Verfassungsprozesses, Neue Kölner Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Heft 50, Berlin 1967.

Stern, Klaus: Zweitbearbeitung des Art. 28 ff., in Bonner Kommentar (Lose Blattsammlung), Hamburg 1964 ff., Dezember 1964 (zit.: BK).

-- Zweitbearbeitung des Art. 94 GG, in Bonner Kommentar (Lose Blattsammlung), Hamburg 1964 ff., November 1965 (zit.: BK).

-- Das Staatsrecht in der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 1, München 1977.

-- Der Schlußbericht der Enquete-Kommission Verfassungsreform des Deutschen Bundestages, in ZRP 1977, S. 12 ff.

-- Die Förderativstruktur im Grundgesetz und im Vorstellungsbild der Enquete-Kommission Verfassungsreform des Deutschen Bundestages, in Cappenberger Gespräche, Bd. 13, Köln 1977, S. 61 ff.

Stock, Martin: Der praktische Fall, Öffentliches Recht: Die Abschaffung der Verfassungsbeschwerde, in JuS 1975, S. 451 ff.

Struck, Gerhard: Topische Jurisprudenz, in Studien und Texte zur Theorie und Methodologie des Rechts, Bd. 9, Frankfurt 1971.

Sydow-Busch: Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz, begonnen von R. Sydow, weiterbearbeitet von L. Busch, fortgeführt von Walter Krantz und Franz Triepel, 22. Aufl., Berlin 1941.

Thomas, Heinz / Putzo, Hans: Zivilprozeßordnung, 9. Aufl., München 1972.

Tschira, Oskar / Schmitt-Glaeser, Walter: Verwaltungsprozeßrecht, Grundriß mit Systematik zur Fallbearbeitung, 3. Aufl., Stuttgart u.a. 1977.

Über, Gisbert: Freiheit des Berufs, Art. 12 des Grundgesetzes. Nach einer Rechtsgrundsätzlichen Betrachtung der individuellen Freiheit, Hamburg 1952.

Ule, Carl Hermann: Das Bonner Grundgesetz und die Verwaltungsgerichtsbarkeit, in Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Heft 5, Tübingen 1950.

Vehse, Wolfgang / Hammann, Jörg: Verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle und Verfassungsbeschwerde, in Der Gemeindetag 1976, S. 62 ff.

- Welzel, Hans: Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., Berlin 1969.
- Wernicke, Kurt Georg: Zu Art. 19 Grundgesetz, in: Kommentar zum Bonner Grundgesetz, Hamburg 1950 ff. (zit.: BK).
- Wertenbruch, Wilhelm: Anmerkung zum Urteil des Bundesgerichtshofs vom 19.1.1953, in DöV 1959, S. 505 ff.
- Wieser, Eberhard: Das Rechtsschutzinteresse des Klägers im Zivilprozeß, Bielefeld 1971.
- Wintrich, Josef: Aufgaben, Wesen und Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, in Nawiasky - Festschrift, München 1956, S. 191 ff.
- Grundfragen des Verfassungsrechts in der Rechtsprechung des bayerischen Verfassungsgerichtshofs, BayVBl 1958, S. 97 ff.
- Zur Auslegung und Anwendung des Art. 2 I Grundgesetz, in Festschrift für Willibald Apelt, München u.a. 1958, S. 1 ff.
- Wolff, Hans J.: Verwaltungsrecht III, 3. Aufl., München 1973.
- Wolff, Hans J. / Bachof, Otto, Verwaltungsrecht I, 9. Aufl., München 1974.
- Zacher, Hans F.: Die Selektion der Verfassungsbeschwerden - die Siebfunktion der Vorprüfung, des Erfordernisses der Rechtswegerschöpfung und des Kriteriums der unmittelbaren und gegenwärtigen Betroffenheit des Beschwerdeführers, in Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, 1. Bd., Tübingen 1976 (zit.: BVerfG u. GG).
- Zeiß, Walter, Zivilprozeßrecht, 2. Aufl., Tübingen 1976 (zit.: ZPO).
- Ziemer, Herbert / Birkholz, Hans : Finanzgerichtsordnung, Kommentar, 2. Aufl., München 1970 (zit.: FGO).
- Zembsch, Gunter: Verfahrensautonomie des Bundesverfassungsgerichts, Köln u.a. 1971.
- Zippelius, Reinhardt: Wertungsprobleme im System der Grundrechte, München 1962.
- Zippelius, Reinhold: Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen, in Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Bd. 2, Tübingen 1976, S. 108 ff. (zit.: BVerfG u. GG).

Zöller, Richard: Zivilprozeßordnung, 10. Aufl., München 1968, mit Nachtrag 1971 (zit.: ZPO).

Zuck, Rüdiger: Die Verfassungsbeschwerde, München 1973.

-- Forum: Zur Bindungswirkung der Radikalenentscheidung des Bundesverfassungsgerichts, in JuS 1975, S. 695 ff.

-- Die Erledigung des Rechtsstreits im Verfassungsbeschwerdeverfahren, ZZP Bd. 78 (1965), S. 232 ff.

Zweigert, Konrad: Die Verfassungsbeschwerde, in JZ 1952, S. 321 ff.

Abkürzungsverzeichnis

Allgemein gebräuchliche Abkürzungen sind im Verzeichnis nicht aufgeführt. Für Abkürzungen der juristischen Fachsprache wird ergänzend auf Hildebert Kirchner, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 2. Aufl., Berlin 1968, hingewiesen.

AcP	= Archiv für die civilistische Praxis
Alt.	= Alternative
Anm.	= Anmerkung
Art.	= Artikel
Bay., bay.	= Bayern, bayerisch
BayVBl	= Bayerische Verwaltungsblätter
Beil.	= Beilage
BF	= Beschwerdeführer
BGBI.	= Bundesgesetzblatt
BG	= Bundesgericht der Schweiz
BGHZ	= Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BK	= Kommentar zum Bonner Grundgesetz. Bearbeitet von Hans Jürgen Abraham, Ottmar Bühler, Bodo Dennewitz u.a., Hamburg 1950 ff., Zweitbearbeitung 1964 ff.
BR	= Bundesrat
BT	= Bundestag
BVerfG	= Bundesverfassungsgericht
BVerfGG	= Bundesverfassungsgerichtsgesetz
BVerwG	= Bundesverwaltungsgericht
Diss.	= Dissertation
DJT	= Deutscher Juristentag
DÖV	= Die Öffentliche Verwaltung
Drucks.	= Drucksache
DVBl.	= Deutsches Verwaltungsblatt
E	= Amtliche Sammlung der Entscheidungen des jeweils davor genannten Gerichts
Einl.	= Einleitung
Erl.	= Erläuterung

EvStL	= Evangelisches Staatslexikon, Herausgegeben von Hermann Kunst und Siegfried Grundmann in Verbindung mit Wilhelm Schneemelcher und Roman Herzog, Stuttgart-Berlin 1975
FGO	= Finanzgerichtsordnung
FS	= Festschrift
GeschO	= Geschäftsordnung
GG	= Grundgesetz
GVBl.	= Gesetz- und Verordnungsblatt
Hess., hess.	= Hessen, hessisch
JÖR	= Jahrbuch des öffentlichen Rechts
JuS	= Juristische Schulung
JW	= Juristische Wochenschrift
l.	= links, linke
MDR	= Monatsschrift für Deutsches Recht
N.	= Fußnote
N.F.	= Neue Folge
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift
NW, nw	= Nordrhein-Westfalen, nordrhein-westfälisch
OLG	= Oberlandesgericht
OVG	= Oberverwaltungsgericht
r.	= rechts, rechte
Rdn.	= Randnummer
Rspr.	= Rechtsprechung
RStW	= Recht-Staat-Wissenschaft Bd. 1-4. Schriftenreihe für staatswissenschaftliche Fortbildung. Herausgegeben von Hermann Wandersleb. 1949-1953
SGG	= Sozialgerichtsgesetz
SJZ	= Süddeutsche Juristenzeitung
Sp.	= Spalte
Staatsbürger und Staatsgewalt	= Verwaltungsrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit in Geschichte und Gegenwart. Jubiläumsschrift zum hundertjährigen Bestehen der deutschen Verwaltungsgerichtsbarkeit und zum zehnjährigen Bestehen des Bundesverwaltungsgerichtes. Im Auftrage der Vereinigung der Präsidenten der deutschen Verwaltungsgerichte; herausgegeben von Helmut R. Kütz und Richard Naumann, 2 Bände, Karlsruhe 1963
Sten.Ber.	= Stenographischer Bericht

Sten.Prot.	= Stenographisches Protokoll
StGH	= Staatsgerichtshof
v.	= vor
VB	= Verfassungsbeschwerde
Verf.	= Verfassung
VerfGH	= Verfassungsgerichtshof
VerwArch.	= Verwaltungsarchiv
VerwRspr.	= Verwaltungsrechtsprechung
VG	= Verwaltungsgericht
VGH	= Verwaltungsgerichtshof
VVDStRL	= Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwGO	= Verwaltungsgerichtsordnung
zit.	= zitiert
ZRP	= Zeitschrift für Rechtspolitik
ZZP	= Zeitschrift für Zivilprozeß

I. Einleitung und Problemstellung

Sowohl in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts als auch in einem großen Teil der Literatur, die sich mit Problemen des Verfassungsbeschwerdeverfahrens befaßt, wird betont, die Verfassungsbeschwerde sei subsidiär. Ein einheitlicher Terminus wird dabei jedoch nicht gebraucht.

Das BVerfG spricht einmal von einem "Grundsatz der Subsidiarität der VB"¹⁾ oder einschränkend von einem "Grundsatz der Subsidiarität der Zulässigkeit der VB"²⁾, den es in einer weiteren Entscheidung³⁾ sogar als "allgemeinen Grundsatz" bezeichnet hat, der im Verfassungsrecht verankert sei⁴⁾. An anderer Stelle bezieht sich das BVerfG auf einen "subsidiären Charakter der VB"⁵⁾, einen "Gesichtspunkt der Subsidiarität der VB"⁶⁾, auf ein "Subsidiaritätsprinzip"⁷⁾ oder lediglich "die Subsidiarität der VB"⁸⁾.

In der Literatur bietet sich ein ebenso uneinheitliches Bild. Für die deutsche VB wurde der Begriff der Subsidiarität - soweit ersichtlich - zum ersten Male von Zweigert⁹⁾ und

1) BVerfGE Bd. 5, 9 f.; 33, 192 ff., 194; 33, 247 ff., 258; 34, 204; 42, 243 ff., 249; 42, 252 ff., 255.

2) BVerfGE Bd. 22, 287 ff., 290.

3) BVerfGE Bd. 31, 364 ff., 368.

4) BVerfGE Bd. 42, 243 ff., 249; 42, 252 ff., 255.

5) BVerfGE Bd. 5, 9 f.

6) BVerfGE Bd. 28, 206 ff., 212; 39, 276 ff., 291; 42, 163 ff., 167.

7) BVerfGE Bd. 22, 287 ff., 290.

8) BVerfGE Bd. 10, 247 ff., 281; 14, 260 ff., 253; 22, 287 ff., 290; 42, 212 ff., 218.

9) JZ 1952, S. 321 ff., 325.

Geiger¹⁾ verwendet. Die folgenden Stellungnahmen reichen von einer uneingeschränkten Ablehnung²⁾ bis hin zu einer Anerkennung des "Subsidiaritätsprinzips als übergeordneter Gesichtspunkt"³⁾ oder als "allgemeiner Grundsatz der Subsidiarität der VB"⁴⁾. Teilweise wird im Zusammenhang mit der grundsätzlichen Notwendigkeit der vorgängigen Erschöpfung des Rechtsweges gem. § 90 II 1 BVerfGG auch von einer "relativen Subsidiarität"⁵⁾ gesprochen.

Es bietet sich somit im VB-Verfahren ein völlig uneinheitliches Bild der Begriffsbezeichnung "Subsidiarität". Gemeinsamkeiten bestehen lediglich insoweit, als die Erörterungen überwiegend im Zusammenhang mit der vorgängigen Erschöpfung des Rechtsweges gem. § 90 I BVerfGG erfolgen, ohne daß untersucht wird, ob dies der einzige Gesichtspunkt ist, unter dem das Prinzip der Subsidiarität im Verfahren der VB relevant werden kann⁶⁾.

Auch das BVerfG und ein Teil der Literatur⁷⁾, die einen "allgemeinen Grundsatz der Subsidiarität" im VB-Verfahren heranziehen, der über das Zulässigkeitserfordernis der vorgängigen Erschöpfung des Rechtsweges gem. § 90 II 1 BVerfGG

1) BundesAnz 1952, Nr. 30, S. 7, 1.Sp.

2) Arndt, NJW 1965, S. 807 f.; Büsser, Diss. S. 24; Hutzelmann, Diss. S. 162, N. 41.; Ridder, JZ 1968, S. 377 ff., die dem BVerfG vorwerfen, es spreche im Anschluß an Zweigert fälschlich von einer Subsidiarität der VB, obwohl das BVerfG und sein Verfahren innerhalb der rechtsprechenden Gewalt nichts Subsidiäres, sondern durch Selbständigkeit ausgezeichnet sei.

3) Leibholz / Rupprecht, BVerfGG, Rdn. 42 zu § 90.

4) Leibholz / Rupprecht, BVerfGG, Rdn. 78 zu § 90; Schmidt-Bleibtreu, in: Maunz / Schmidt-Bleibtreu u.a., BVerfGG, Rdn. 191 zu § 90.

5) Schumann, Verfassungs- und Menschenrechtsbeschwerde, S. 116, 117 ff., unter Bezugnahme auf Giacometti, der speziell bei der VB zum schweizerischen Bundesgericht eine relative und eine absolute Subsidiarität aufzeigt; ebenso Boulanger, Diss. S. 83 f.; Imboden, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Schweiz, S. 520; Schuler, Diss. S. 195; Späth, Diss. S. 43.

6) R. Schneider, ZZP Bd. 79 (1966), S. 30.

7) Leibholz / Rupprecht, BVerfGG, und Maunz / Schmidt-Bleibtreu u.a., BVerfGG.

hinausgehen soll, haben niemals den Versuch einer näheren Darstellung unternommen.

Das "Gesetz über das BVerfG" hat diese Fragen ebenfalls nicht festgeschrieben. Es enthält bewußt keine auf Vollständigkeit angelegte Normierung des gerichtlichen Verfahrens¹⁾. Vielmehr sollte seine nähere Regelung dem BVerfG und dessen Rechtsprechungspraxis überlassen bleiben²⁾.

Sowohl durch das BVerfG als auch die Literatur wurden Ausprägungen der "Subsidiarität" im VB-Verfahren festgestellt. Bisher ist jedoch - soweit ersichtlich - noch nicht untersucht worden, ob die Subsidiarität im VB-Verfahren ein allgemeines und durchgängiges Strukturprinzip bildet, bzw. ob sich ein derartiges Prinzip aus ihm ableiten läßt.

II. Gang der Untersuchung

Am Anfang muß die rechtliche Qualität des Begriffes der Subsidiarität im VB-Verfahren bestimmt werden. Davon hängt ab, welche Bedeutung ihm für die Konkretisierung von Rechtsregeln und die praktische Falllösung zuzumessen ist. Daran schließt sich der Versuch an, die Erscheinungsformen der Subsidiarität im VB-Verfahren aufzuzeigen und ihre Grenzen deutlich zu machen.

Die Untersuchung ist schwerpunktmäßig begrenzt auf die Probleme des § 90 BVerfGG. Sie erstreckt sich nicht auf das Annahmeverfahren gem. § 93 a BVerfGG³⁾. Dieses Vorgehen findet seine Rechtfertigung darin, daß es sich dabei um ein dem ordentlichen Verfahren vorgeschaltetes Vorprüfungsverfahren

1) Engelmann, Diss. S. 1, N. 2 u. 3; Schmidt-Bleibtreu, in: Maunz / Schmidt-Bleibtreu u.a., BVerfGG, Rdn 2 zu § 90, sub 2.; BVerfGE Bd. 1, 87 ff.

2) Engelmann, a.a.O., N. 4.

3) Vgl. hierzu die erschöpfende Darstellung von Karl-Michael von Bally, Diss. München 1972.

eigener Art handelt¹⁾, für das es besondere Sachurteils-voraussetzungen nicht gibt²⁾.

Erster Teil: Eingrenzung und Abgrenzung

I. Etymologische Untersuchung

Die Frage, wie Inhalt und Grenzen eines rechtlichen Begriffes zu erfassen seien, taucht regelmäßig dort auf, wo ungeschriebenes Recht sichtbar gemacht werden soll. Bei der vorliegenden Untersuchung gewinnt diese Frage eine weite Dimension, weil der schillernde Begriff der Subsidiarität proteushaft seinen Charakter wandelt, wo immer er auftritt und sich der Festlegung in seiner Definition zu entziehen scheint³⁾.

Eine etymologische Untersuchung der Bezeichnung "Subsidiarität" kann eine endgültige Erkenntnis über Begriff und Wesen nicht liefern. Denn der Name hat sich getreu dem Grundsatz "falsa demonstratio non nocet" am Wesen zu rechtfertigen und nicht umgekehrt⁴⁾. Dennoch erscheint es vorab als lohnend, zu untersuchen, was üblicherweise unter Subsidiarität verstanden wird. Mit der dabei gewonnenen Erkenntnis können manche scheinbaren Widersprüche bei der Ablehnung oder Bejahung dieses Begriffes im Verfahren der VB geklärt werden. Denn die Mißverständnisse setzen zum Teil schon beim sprachlichen Verständnis des Wortes ein.

Sprachlich wird unter Subsidiarität landläufig das hilfsweise (ersatzweise) Eingreifen verstanden⁵⁾. Der Große Brockhaus

1) Vgl. Schmidt-Bleibtreu, in: Maunz / Schmidt-Bleibtreu u.a., BVerfGG, Rdn. 14 zu § 93 a.

2) Schmidt-Bleibtreu, in: Maunz / Schmidt-Bleibtreu, BVerfGG, a.a.O.

3) Isensee, Subsidiaritätsprinzip im Verfassungsrecht, S. 14.

4) Isensee, a.a.O., S. 15.

5) Schütz, Diss. S. 1

erklärt "subsidiär" und "subsidiarisch" mit "zur Aushilfe dienend". Mit dieser Definition ist aber nur ein Teilaspekt der Subsidiarität genannt. Denn in "hilfsweise" schwingt ebenfalls "Hilfe" mit¹⁾. Im Lateinischen wird von der Grundbedeutung "subsidere", "daruntersitzen" mit "subsidium" ebenfalls der Begriff Hilfe hergeleitet²⁾. Eine weitere Bedeutung beinhaltet das Wort subsidiarius (der lateinische Begriff der verdeutschten Worte subsidiär und Subsidiarität). Es ist zwar an das Wort subsidium angelehnt, seine der römischen Militärsprache angehörende Grundbedeutung beinhaltet jedoch keinesweg "Hilfe schlechthin", sondern auch "als Reserve dienend", also Hilfe beim Versagen der erstzuständigen Formationen³⁾. Subsidiarität ist also nicht nur das hilfsweise Eingreifen anstatt eines anderen, sondern ebenfalls die ergänzende Hilfe durch den, der hilfsweise bereitsteht, äußerstenfalls das letzte Mittel.

In Anlehnung an Schütz⁴⁾ kann nun folgendes Begriffsschema der sprachlichen Bedeutung der Subsidiarität aufgestellt werden.

a) negativ:

Jede Aufgabe soll zunächst von der damit ursprünglich betrauten Stelle erfüllt werden; die zur Unterstützung zuständige Instanz darf erst dann eingreifen, wenn dies notwendig ist.

(Schlagwort: Zurückhaltung)

b) positiv:

Die zur Unterstützung zuständige Instanz soll der zunächst damit betrauten helfen, wenn dies notwendig ist.

(Schlagwort: Hilfe)

1) Vgl. G. Küchenhoff, Staatsverfassung und Subsidiarität, S. 74 f.

2) G. Küchenhoff, a.a.O., S. 74.

3) Ebenso Messner, Das Naturrecht, S. 298, der darauf hinweist, daß das Wort in dem Ausdruck "subsidiarii cohortes" verwendet wurde, "Reservekohorten", eben solche, die eingesetzt werden, wenn die Hauptformationen ihrer Ersatzverpflichtung nicht aus eigener Kraft nachkommen können.

4) a.a.O., S. 16.

Schon an dieser Stelle kann der Verdacht aufkommen, daß die Verfasser, die den Subsidiaritätsbegriff als für das VB-Verfahren unbrauchbar ablehnen, nicht erkannt haben könnten, daß ihm sowohl eine positive als auch eine negative Bedeutung anhaftet.

II. Negative Abgrenzung des Subsidiaritätsbegriffes

a) Das materielle Subsidiaritätsprinzip der Staatslehre

Dieses Subsidiaritätsprinzip, das seine Begriffsbestimmung Gustav Gundlach verdankt¹⁾, stammt zwar aus der katholischen Sozialphilosophie²⁾ und es hat in den Enzykliken der Päpste³⁾, insbesondere in der Enzyklika "Quadragesimo anno" Papst Pius' XI vom 15. Mai 1931 seine klassische Formulierung gefunden. Quadragesimo anno Nr. 79 lautet. "Wie dasjenige, was der Einzelmensch aus eigener Initiative und mit seinen eigenen Kräften leisten kann, ihm nicht entzogen und der Gesellschaftstätigkeit zugewiesen werden darf, so verstößt es gegen die Gerechtigkeit, das, was die kleineren und untergeordneten Gemeinwesen leisten und zum guten Ende führen können, für die weitere und übergeordnete Gemeinschaft in Anspruch zu nehmen.....".

Dieses Subsidiaritätsprinzip ist jedoch kein konfessionelles Prinzip, sondern ursprunghaftes Gut der deutschen Staatslehre in ihren förderalen und liberalen Spielarten⁴⁾. Als solches ist es auch nicht erst das Produkt des letzten Jahrhunderts, sondern "so alt wie das abendländische Rechtsdenken"⁵⁾.

1) von Nell-Breuning, in: Staatslexikon, Bd. 7, Sp. 826.

2) Vgl. Kalkbrenner, in: Festschrift für Küchenhoff, S. 519, N. 19.

3) Kalkbrenner, a.a.O., N. 20.

4) Isensee, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, S. 71.

5) Marcic, Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat, S. 431; von Nell-Breuning, a.a.O., Sp. 826.

Die Frage, ob sich dieses Subsidiaritätsprinzip im GG verwirklicht habe, bzw. die Intensität dieser Verwirklichung ist in der verfassungsrechtlichen Literatur nach wie vor umstritten. Im Verfassungskonvent von Herrenchiemsee ist von einigen Teilnehmern (Süsterhenn und Kanka) versucht worden, die Subsidiarität in den Verfassungstext einzubauen¹⁾. Diese Bestrebung hat aber weder in den Herrenchiemsee-Entwurf selbst noch in den dazu erstatteten Bericht Eingang gefunden.

Das BVerfG hat sich ebenfalls bisher bemüht, eine Grundsatzentscheidung über das Subsidiaritätsprinzip im Sinne einer materiellen Wertstufung zu vermeiden. In seiner Entscheidung zu den §§ 1628 und 1629 I BGB über die elterliche Gewalt²⁾ führt es nur als hilfsweise weitere Bekräftigung an: "Sie - die Entscheidung des Vormundschaftsgerichtes -³⁾ ist es namentlich auch dann nicht - verfassungswidrig -⁴⁾, wenn man sich zu dem Grundsatz der "Subsidiarität in dem Sinne bekennt, daß in erster Linie die kleinere Gemeinschaft wirken soll und mit staatlichen Mitteln erst einzugreifen ist, wenn es unausweichlich wird, ...". In einer weiteren Entscheidung zum Bundessozialhilfe- und Jugendwohlfahrtsgesetz⁵⁾ erscheint das Wort " Subsidiarität" lediglich im Tatbestand bei der Zusammenfassung des Vorbringens der Verfahrensbeteiligten durch das BVerfG. In der Begründung selbst wird es vermieden.

Unabhängig von der verfassungsrechtlichen Bejahung des Subsidiaritätsprinzips ist aber zumindest einhellig anerkannt, daß die "klassischen Stufen" des Subsidiaritätsprinzips im Sinne einer materiellen Wertstufung, nämlich Einzelmensch (Art. 1 ff GG), Familie (Art. 6 GG), private Vereine (Art. 9 GG), Gemeinden und Gemeindeverbände (Art. 28 II GG), Länder, Bund (Art. 20 I, 79 III GG), ausdrücklich im GG genannt und verfassungs-

1) Herzog, in: Der Staat 1963, S. 412; Maunz, Staatsrecht, S. 68.

2) BVerfGE Bd. 10, 59 ff., 82.

3) Anm. v. Verf.

4) Anm. v. Verf.

5) BVerfGE Bd. 22, 180 ff., 191.

rechtlich garantiert sind¹⁾. Aus diesem Umstand kann aber nicht ohne weiteres geschlossen werden, das Subsidiaritätsprinzip sei als grundlegender Begriff für das gesamte Staats- und Rechtsleben insgesamt in die Verfassung aufgenommen worden. Ebenso gut ist der Umkehrschluß vertretbar, wonach die soeben aufgezählten Artikel nur Einzelfälle seien, welche eine Verallgemeinerung nicht zuließen²⁾. Darin dürfte auch der Grund liegen, daß bei dieser Frage in der Literatur die verschiedensten Ergebnisse vertreten werden. Ablehnung findet der Grundsatz der Subsidiarität im staatlichen Bereich bei Herbert Krüger³⁾. Lerche sieht im GG lediglich "Gedankensplitter", welche sich aber nicht zu einem Prinzip verdichtet hätten⁴⁾. Ebenfalls lehnt Otto Kimminich die Subsidiarität als allgemeines Verfassungsprinzip ab⁵⁾. Nach Herzog ist "wenig mehr als eine oberflächliche Verwandtschaft zum Subsidiaritätsprinzip" gegeben⁶⁾. Barion sieht im GG einen "subsidiären Zug"⁷⁾. Dem schließt sich Stern⁸⁾ an, wonach dieser subsidiäre Zug "nicht bewußt Verwirklichung einer vorgegebenen Idee der Subsidiarität als eines allgemeinen Aufbauprinzips sein sollte". Nach Maunz⁹⁾ und Dürig¹⁰⁾ liegt der Subsidiaritätsgedanke "dem Staatsaufbau und der Staatsform der Bundesrepublik mittelbar zugrunde". Muthesius und Giese¹¹⁾ halten es für "vertretbar",

1) Herzog, in: Evangelisches Staatlexikon, Sp. 2592.

2) Herzog, a.a.O.

3) Staatslehre, S. 773 ff.

4) Rechtsgutachten, S. 26 ff.

5) Rechtsgutachten, S. 1 ff.

6) Der Staat 1963, S. 412 ff.

7) Der Staat 1964, S. 1 ff.

8) BK, Rdn. 2 zu Art. 28 GG.

9) Staatsrecht, S. 68

10) in: Maunz / Dürig / Herzog, GG, Rdn. 54 zu Art. 1.

11) JuS 1962, S. 458.

einen allgemeinen Grundsatz der Subsidiarität aus dem GG zu entnehmen. Von einer begrenzten Anerkennung des Subsidiaritätsprinzips spricht Menger¹⁾. Nach Isensee²⁾ hat sich das Subsidiaritätsprinzip "in den Grundrechten konkretisiert". Nach Günther und Erich Küchenhoff ist es "für das gesamte Staats- und Rechtsleben grundlegend"³⁾. Noch weitergehend Kalkbrenner⁴⁾, wonach es sich bei dem Subsidiaritätsprinzip ausgehend von einem allgemeinen Verfassungsgrundsatz um einen unbestimmten Rechtsbegriff "mit unmittelbarer rechtsverbindlicher Wirkung handelt, dessen Einhaltung von den Gerichten in vollem Umfang nachgeprüft werden kann"⁵⁾.

Zumindest an die Definition von Günther und Erich Küchenhoff sowie von Kalkbrenner⁶⁾, wonach das Subsidiaritätsprinzip im Sinne einer materiellen Wertstufung "für das gesamte Staats- und Rechtsleben grundlegend" sei, schließt sich die Frage an, ob dieses Subsidiaritätsprinzip auch im Prozeßrecht des VB-Verfahrens seine Anwendung findet und speziell in § 90 II BVerfGG seinen Niederschlag gefunden hat.

Bejaht wurde diese Frage durch den Verfassungsgerichtshof von Rheinland-Pfalz⁷⁾. Zunächst stellte der Verfassungsgerichtshof fest, daß weder die Landesverfassung noch das VerfGHG von Rheinland-Pfalz eine ausdrückliche Bestimmung enthielten, wonach bei dem vorliegenden Antrag der Antragsteller vor der Anrufung des VerfGH die sonstigen, ihm zur Verfügung stehenden Rechtsmittel erschöpft haben müsse. Der VerfGH hielt

1) Recht und Staat 1953, S. 28.

2) Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, S. 315.

3) Allgemeine Staatslehre, S. 84.

4) Festschrift für Küchenhoff, S. 539.

5) Kalkbrenner, a.a.O., S. 539.

6) Jeweils a.a.O.

7) Urteil vom 18.11.1977, DVBl 1958, S. 359 ff.

jedoch die gesetzliche Regelung des § 90 II 1 BVerfGG in seinem Verfahren für entsprechend anwendbar. Er begründet dies damit, daß sich die Notwendigkeit der vorgängigen Erschöpfung des Rechtsweges ganz allgemein "aus dem der Landesverfassung ebenso wie dem GG zugrunde liegenden Subsidiaritätsprinzip "ergebe.

Weiter führt er aus: " Das Subsidiaritätsprinzip verlangt grundsätzlich, daß übergeordnete Instanzen erst dann tätig werden, wenn die primär zuständigen Instanzen mit einer Angelegenheit befaßt und nicht gewillt oder in der Lage waren, die Angelegenheit ordnungsgemäß zu regeln". Der VerfGH prägt alsdann den Satz: "Die auf dem Subsidiaritätsprinzip aufgebaute rechtstaatliche Ordnung verlangt im Interesse der Wahrung des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und der Verfassungsmäßigkeit der richterlichen Handlungen, daß den Verwaltungsinstanzen und den im Instanzenzug übergeordneten Gerichten zunächst selbst die Möglichkeit gegeben wird, gesetz- oder verfassungswidrige Akte zu beseitigen, bevor die Verfassungsgerichtsbarkeit als oberste Hüterin der Verfassung in Anspruch genommen wird".

Unabhängig von der bisher nicht entschiedenen Frage, ob das Subsidiaritätsprinzip im Sinne einer materiellen Wertstufung Inhalt des GG ist¹⁾, kann die Behauptung des Rheinland-Pfälzischen Verfassungsgerichts schon deshalb keinen Bestand haben, weil das Subsidiaritätsprinzip in der Form, wie das Gericht es auffaßt, nicht Teil des Subsidiaritätsprinzips im Sinne einer materiellen Wertstufung ist. Der VerfGH meint, daß die äußerlich sich ähnelnden Erscheinungsbilder des Instanzenaufbaues im Rechtszuge und die in einer Stufenordnung zu sehenden Gemeinwesen den Rückschluß auf ein dahinterliegendes Prinzip zulassen. Dabei verkennt er aber, daß der Bereich der Gerichtsverfassung als Bereich der Organisation staatlicher Gewalt nicht durch ein Prinzip zu regeln ist, welches staatliches Handeln gegenüber der Entfaltung des Individuums abgrenzt²⁾.

1) Es wird auf den oben dargestellten unterschiedlichen Meinungsstand verwiesen.

2) Bernzen, Diss. S. 92; gegen eine Ausdehnung dieses Prinzips auf den Gedanken der Subsidiarität verfassungsgerichtlicher Rechtsbehelfe auch Lerche, Übermaß, S. 201, N. 158.

Das Erfordernis der vorgängigen Erschöpfung des Rechtsweges gem. § 90 II 1 BVerfGG - soviel kann schon an dieser Stelle gesagt werden - stellt eine rechtstechnische prozessuale Regelung dar, nicht aber will sie die Daseinsentfaltung "unterer Verbände" oder des Individuums gegenüber dem Staat¹⁾ sichern²⁾. Diese gesetzestechnische Relation zwischen Normen³⁾ ist also völlig verschieden von dem Subsidiaritätsprinzip im Sinne einer materiellen Wertstufung. Hier soll die Konkurrenz von Rechtssätzen oder von instanziellen Zuständigkeiten der Gerichte, aber nicht von Individuen oder Gemeinschaften geregelt werden. Es werden Gesetzes-, nicht aber Lebensräume voneinander abgegrenzt.

Der Verfassungsgerichtshof von Rheinland-Pfalz ist durch die mißverständliche deutsche Bedeutung des Wortes "subsidiär" Opfer einer weitverbreiteten Fehldeutung des Subsidiaritätsprinzips im Sinne einer materiellen Wertstufung geworden, die zur Rechtfertigung von Prinzipien und Grundsätzen bemüht wird, die auch nicht im Entferntesten etwas damit gemein haben⁴⁾. Speziell in den Anfangsjahren des Bestehens der Bundesrepublik wurde das Subsidiaritätsprinzip in seiner sozialphilosophischen Fassung erheblich überdehnt. Dies beruht zum Teil darauf, daß nach dem Zusammenbruch des nationalsozialistischen Regimes, dessen freiheitsfeindlicher und totalitärer Charakter nicht zuletzt auf einer Negierung und völligen Mißachtung des Subsidiaritätsprinzips im Sinne einer materiellen Wertstufung beruhte⁵⁾, diesem Prinzip ein führender Rang von fundamentaler Bedeutung zugesprochen wurde. Lerche⁶⁾ führt den Umstand, daß die Erschöpfung des Rechtsweges vor Verfassungsbehelfen als Ausprägung des Subsidiaritätsgedankens begriffen und ein Kontakt zur föderalen Staatsform hergestellt wurde, auf eine in Deutschland weitverbreitete Neigung zurück, Welterklärungsformeln in eine positive Verfassung einzugießen, um diese danach bis in technische Bezirke aufzugliedern.

1) Schäfer, DVBl 1958, S. 368, 1.Sp.

2) Insensee, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, S. 86, N. 2.

3) Isensee, a.a.O.

4) Glaser, Diss. S. 39.

5) Kalkbrenner, a.a.O., S. 516.

6) VVDStRL, Bd. 21 (1962), S. 76.

b) Die Subsidiarität des Strafrechts

Die Subsidiarität ist neben der "Spezialität" und der "Konsumtion" ein Unterfall der sogenannten Gesetzeskonkurrenz. Im Gegensatz zum Prinzip der Idealkonkurrenz, wonach der deliktische Gehalt ein- und derselben Handlung nur durch mehrere Tatbestände umfassend abgedeckt wird, ist er bei Gesetzeskonkurrenz schon durch einen dieser Tatbestände erschöpfend bestimmt. Dieser Tatbestand verdrängt dann alle übrigen¹⁾. Subsidiarität bedeutet hier nun, daß eine Strafvorschrift nur hilfsweise für den Fall Anwendung finden soll, daß nicht schon eine andere eingreift²⁾. Liegt nun Subsidiarität vor, so hat dieses zur Folge, daß der subsidiäre Tatbestand nicht mehr berücksichtigt wird, da das primär anzuwendende Gesetz vorgeht: "lex primaria derogat legi subsidiariae"³⁾.

Übereinstimmung zwischen der Subsidiarität des Strafrechts und der VB besteht auf den ersten Blick darin, daß es sich in beiden Fällen um ein rechtstechnisches Instrumentarium handelt. Die VB ist gem. § 90 II 1 BVerfGG erst nach Erschöpfung des vorgängigen Rechtsweges zulässig; der subsidiäre Auffangtatbestand im Strafrecht kommt nicht zu Anwendung, wenn der Tatbestand des primär anzuwendenden Gesetzes erfüllt ist.

Beide Subsidiaritätsregelungen unterscheiden sich aber darin, daß die Regelung im Strafrecht an der Tatbestandsseite der jeweiligen Norm und das Erfordernis der vorgängigen Erschöpfung des Rechtsweges an der Rechtsfolgeseite angesiedelt sind⁴⁾. Dies hat zur Konsequenz, daß der subsidiäre Auffangtatbestand des Strafrechts niemals mehr zur Anwendung kommt, wenn das primär anzuwendende Gesetz einschlägig ist. Dahin-

1) Welzel, Das Deutsche Strafrecht, § 30 II.

2) Jeschek, Lehrbuch des Strafrechts, AT, § 69 II 2.

3) Klug, ZStW 1968, S. 399.

4) Isensee, a.a.O., S. 86.

gegen kann die Zulässigkeit des VB-Verfahrens nicht abschließend durch eine zunächst begründete Zuständigkeit eines anderen Gerichtes ausgeschlossen sein. Dies gilt dann, wenn die Grundrechtsverletzung des BF im Instanzenzug der Gerichte nicht beseitigt wurde.

Abschließend zu diesem Kapitel soll noch kurz darauf hingewiesen werden, daß es in der Rechtslehre eine Vielzahl heterogener Beziehungen unter dem Namen "Subsidiarität" oder "Subsidiaritätsprinzip" gibt, deren Aufzählung aber den Rahmen des Untersuchungsgegenstandes sprengen würde.

Zweiter Teil: Die Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde als Prozeßgrundsatz

I. § 90 II 1 BVerfGG als Ausgangspunkt der Untersuchung

Die Subsidiarität im VB-Verfahren wurde bei den bisherigen Erörterungen nur im Zusammenhang mit dem Erfordernis der vorgängigen Erschöpfung des Rechtsweges gem. § 90 II 1 BVerfGG dargestellt. In dieser Einzelregelung ordnet der Gesetzgeber, der im übrigen keine umfassende, auf Vollständigkeit angelegte Normierung des gerichtlichen Verfahrens vor dem BVerfG getroffen hat¹⁾, an: "Ist gegen die Verletzung der Rechtsweg zulässig, so kann die VB erst nach Erschöpfung des Rechtsweges erhoben werden".

Die folgende Untersuchung soll sich nun mit der Frage befassen, ob sich die Subsidiarität im VB-Verfahren in dieser verfassungsrechtlichen Einzelvorschrift erschöpft, oder ob ihr eine darüber hinausgehende, allgemeine und grundlegende Bedeutung für das VB-Verfahren zukommt²⁾. Nur in diesem Falle kann der Subsidiari-

1) Vgl. Lechner, BVerfGG, S. 167; Leibholz / Rupprecht, BVerfGG, Rdn. 1 zu § 17; Klein, in: Maunz / Schmidt-Bleibtreu u.a., Rdn. 1 ff., vor § 17.

2) Vgl. Grunsky, Grundlagen des Verfahrensrechts, S. 16.

tät im VB-Verfahren das Wesen eines Prozeßgrundsatzes zuerkannt werden. Denn allen hierzu vertretenen Auffassungen ist gemein, daß Prozeßgrundsätze nur "als Ausdruck einer grundlegenden Verfahrensgestaltung" in einer Prozeßordnung erachtet werden können¹⁾.

a) Rückblick

In den älteren Abhandlungen, die sich mit diesem Problem beschäftigt haben, wurde der Begriff der Subsidiarität zum Teil deckungsgleich mit der Legaldefinition des § 90 II 1 BVerfGG gesehen²⁾. In einigen Monographien über die VB aus dieser frühen Zeit³⁾ wird der Begriff der Subsidiarität bei der Erörterung der Rechtswegerschöpfung überhaupt nicht verwendet. Aber schon bald wurde dem Subsidiaritätsgedanken im VB-Verfahren sowohl durch die Rechtsprechung des BVerfG als auch die Literatur eine über den Wortlaut des § 90 II 1 BVerfGG hinausgehende Bedeutung beigemessen. So hat bereits das BVerfG⁴⁾ in einer Entscheidung vom 19.12.1951, ohne allerdings schon den Begriff der Subsidiarität zu gebrauchen, ausgeführt, daß die VB im Hinblick auf den umfassenden Rechtsschutz durch die ordentliche und die Verwaltungsgerichtsbarkeit nur dann zulässig sein solle, wenn sie trotz Erschöpfung der regelmäßigen verfahrensrechtlichen Möglichkeiten zur Verhinderung einer Grundrechtsverletzung erforderlich werde. Ebenfalls hat das BVerfG gleich zu Anfang seines Bestehens in einem Leitsatz⁵⁾ festgestellt, daß der Rechtsweg im Sinne des § 90 II 1 BVerfGG dann nicht erschöpft sei, "wenn der BF von einem zulässigen Rechtsmittel keinen Gebrauch gemacht hat oder sein Rechtsmittel aus formellen Gründen zurückgewiesen

1) Engelmann, Diss. S. 23, m.w.N.

2) So beispielsweise noch Pohle im Jahre 1953, in: Rechtsgutachten, S. 33.

3) z.B. Grunewald, Diss.; Scherer, Diss.; Späth, Diss.

4) BVerfGE Bd. 1, 97 ff., 103.

5) BVerfGE Bd. 1, 9.

worden ist".

Damit war bereits der entscheidene Schritt zu dem dann später immer deutlicher formulierten Erfordernis gemacht, welches den VB-Weg erst und nur dann eröffnete, wenn alle sonstigen Möglichkeiten der richterlichen oder behördlichen Nachprüfung ausgeschöpft sind.

Diese allmähliche Entwicklung, in deren Verlauf sich die nähere Ausgestaltung erst nach und nach abzeichnet, entspricht auch dem typischen Geschehensablauf in vergleichbaren Fällen. Denn häufig liegen Verfahrensgrundsätze zunächst den Entscheidungen der Gerichte ohne klares Bewußtsein ihres Inhaltes und ihrer Grenzen zugrunde¹⁾. Oft hat sich die Rechtsprechung unbewußt schon längere Zeit nach ihnen gerichtet, bis sie von ihr oder der Lehre an einem exemplarischen Fall erkannt und ausdrücklich benannt wurden. Damit ist auch der Umstand zu erklären, daß das BVerfG sich schon zu Beginn seiner Rechtsprechungstätigkeit²⁾ zu einer einschränkenden Handhabung der Zulässigkeit der VB bekannt hat, ohne bereits den erst später im Anschluß an einige Stellungnahmen der Literatur³⁾ verwendeten Begriff der Subsidiarität zu erwähnen. Das BVerfG hat den Grundsatz der Subsidiarität nach eigenem Bekunden bewußt weiterentwickelt⁴⁾, nachdem es seine Typizität zunächst an § 90 II 1 BVerfGG erkannt hat⁵⁾. Es stellt dabei aber nicht nur den Grundgedanken des § 90 II 1 BVerfGG heraus, um diesen alsdann anzuwenden, sondern es sucht nach einem allgemeinen leitenden Gedanken. Sehr deutlich hat das BVerfG seinen Standpunkt formuliert, als es von einem allgemeinen Grundsatz der Subsidiarität sprach, der nicht nur

1) Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, § 99 (S. 107); Larenz, Methodenlehre, S. 460 f.

2) BVerfGE Bd. 1, 97 ff., 103.

3) Geiger, BAnz. 1952, Nr. 30, S. 6 f., 1.Sp., vom 13.2.1952; Zweigert, JZ 1952, S. 325.

4) So ausdrücklich BVerfGE Bd. 33, 247 ff., 258.

5) BVerfGE Bd. 8, 222 ff., 325.

aus § 90 II 1 BVerfGG zu entnehmen sei¹⁾.

In konsequenter Einhaltung dieses einmal festgeschriebenen Grundgedankens hat das BVerfG dann entschieden, daß der BF auch Wiedereinsetzungsmöglichkeiten ausnützen²⁾ und ggf. sogar die Nichtzulassungsbeschwerde erheben müsse³⁾, wenn er sich nicht dem Vorwurf mangelnder Rechtswegerschöpfung aussetzen wolle. Damit hat das BVerfG Voraussetzungen für das VB-Verfahren aufgestellt, die zumindest eine extensive Auslegung des Wortlautes des § 90 II 1 BVerfGG darstellen⁴⁾. R. Schneider⁵⁾ meint sogar, daß auf das Zulässigkeitserfordernis der Ausschöpfung der Rügemöglichkeiten die Regeln über das Gebot der vorgängigen Erschöpfung des Rechtsweges nur analog angewendet werden könnten.

b) Der Standort der Lehre

In der Lehre hat die Weiterentwicklung der vorgängigen Rechtswegerschöpfung in Richtung auf eine weitere Erschwerung der Zulässigkeit der VB überwiegend Zustimmung gefunden. Allerdings fand die Frage nach der Rechtsnatur der Subsidiarität der VB - soweit ersichtlich - keine nähere Erörterung. Teilweise wird

-
- 1) BVerfGE Bd. 31, 364 ff., 368. Allerdings ist die Terminologie des BVerfG nicht immer einheitlich. Die Begriffe "Grundsatz" und "Prinzip" werden synonym verwendet, vgl. BVerfGE Bd. 5, 9 f., 8. 222 ff., 225; 10, 274; 14, 260 ff., 263; 22, 287 ff., 290; 29, 188; 29, 277 ff., 282; 31, 364 ff., 368; 31, 192 ff., 194; 33, 247 ff., 258; 34, 204; 38, 26 ff., 29; 38, 206 ff., 212; 39, 276 ff., 291; 42, 163 ff., 167; 42, 212 ff., 218; 42, 243 ff., 249; 42, 252 ff., 255.
 - 2) BVerfGE Bd. 15, 215 ff..
 - 3) BVerfGE Bd. 16, 1 ff.; 28, 314 ff., 319.
 - 4) An anderer Stelle wird noch zu erörtern sein, ob eine derart strenge Handhabung dieser Sachurteilsvoraussetzung nicht gegen Art. 93 I Nr. 4 a, 94 II GG verstößt.
 - 5) ZZP Bd. 79 (1966), S. 15.

ohne weitere Begründung ein Grundsatz oder Prinzip der Subsidiarität der VB erwähnt¹⁾, teilweise wird nur von der Subsidiarität der VB oder einem subsidiären Rechtsbehelf gesprochen²⁾. Allen diesen Stellungnahmen ist aber gemein, daß sie die Subsidiarität der VB mehr oder weniger mit der tatbestandlichen Regelung des § 90 II 1 BVerfGG gleichstellen. Eine weitere Unterscheidung dahingehend, welche Autoren der Subsidiarität der VB eine über den Wortlaut der Vorschrift hinausgehende Bedeutung zusprechen, ist nicht lohnend. Denn eine exakte Eingruppierung ist nicht möglich, weil diese Problematik vielfach nur in einem obiter dictum gestreift wurde und die Verfasser ersichtlich keinen Anspruch darauf erheben, dieses Thema vollständig erschöpft zu haben.

Lediglich aus den Kommentierungen von Leibholz / Rupprecht³⁾ und Maunz⁴⁾ ist mit Bestimmtheit zu entnehmen, daß diese - allerdings ohne nähere Begründung - dem BVerfG im Ansatz zustimmen und von einem allgemeinen umfassenden Grundsatz der Subsidiarität im VB-Verfahren ausgehen, der nicht nur im näheren Umkreis des § 90 II 1 BVerfGG zu suchen sei.

c) Zusammenfassung

Die Begriffsbestimmung der Subsidiarität im VB-Verfahren bietet kein einheitliches Bild. Dies liegt nicht daran, daß sich exakt

-
- 1) Vgl. von Bally, Diss. S. 162, N. 19; Büsser, Diss. S. 24, N. 2; Hutzelmann, Diss. S. 162; Maunz, Staatsrecht, § 21 IV 4 a; Maunz, in: Maunz / Dürig / Herzog / Scholz, GG, Rdn. 70 u. 71 zu Art. 93; Menger, VerwArch Bd. 67 (1976), S. 306; Pfeiffer, Verfassungsbeschwerde, S. 29; Pohle, Rechtsgutachten, S. 33; R. Schneider, ZZP Bd. 79 (1966), S. 30; Schuler, Diss. S. 199; Zacher, BVerfG u. GG, S. 404 u. 409; Zuck, Verfassungsbeschwerde, Rdn. 8.
 - 2) Lechner, BVerfGG, Anm. 1 a.E. zu § 90 II; Memmer, Diss. S. 141; Schumann, Verfassungs- und Menschenrechtsbeschwerde, S. 45 f.; Seuffert, Die Verfassungsbeschwerde in der Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 162; Stephan, Rechtsschutzbedürfnis, S. 107; Zweigert, JZ 1952, S. 325.
 - 3) BVerfGG, Rdn. 78 zu § 90 (S. 375), u. Rdn. 74 zu § 90, Nachtrag.
 - 4) in: Maunz / Schmidt-Bleibtreu u.a., BVerfGG, Rdn. 181 zu § 90 (S. 135), u. Rdn. 191 zu § 90 (S. 144).

definierte unterschiedliche Begriffe gegenüber stünden. Vielmehr sind die Grenzen niemals deutlich aufgezeigt worden. Die Meinungen können demnach nur darin unterschieden werden, ob sie einen umfassenden Grundsatz der Subsidiarität im VB-Verfahren anerkennen oder ob sie sich hierzu nicht oder nicht näher geäußert haben.

II. Die Methode, einen Grundsatz nachzuweisen

Aus der mehr oder weniger genauen Beschreibung der im einzelnen vertretenen Ansichten über den Begriff der Subsidiarität im VB-Verfahren und die Grenzen seiner Wortbedeutung lassen sich keine Rückschlüsse auf die tatsächliche Existenz der Subsidiarität als Prozeßgrundsatz und ihren Umfang ziehen. Hinzukommen muß immer der besondere Nachweis, daß der Grundsatz oder das Prinzip "aus einem besonderen Geltungsgrund" Wirksamkeit beansprucht¹⁾.

Da die Verfahrensgrundsätze sich häufig nicht "chemisch rein" abgrenzen lassen, sondern zwischen verschiedenen Grundsätzen Kompromisse zu suchen sind, muß zunächst Klarheit über die denkbaren Maximallösungen gewonnen werden²⁾. Deshalb soll der Nachweis des "besonderen Geltungsgrundes" anhand der Definition gesucht werden, die den begrifflichen Umfang der Subsidiarität im VB-Verfahren am weitesten spannt. Dies ist der "allgemeine Grundsatz der Subsidiarität der VB", auf den sich das BVerfG und ein Teil der Lehre berufen³⁾.

1) Canaris, a.a.O., S. 88.

2) Vgl. Grunsky, Grundlagen des Verfahrensrechts, S. 16.

3) So ausdrücklich Leibholz / Rupprecht, BVerfGG, Rdn. 78 zu § 90 (S. 375), u.Rdn. 74 zu § 90, Nachtrag; Schmidt-Bleibtreu, in: Maunz / Schmidt-Bleibtreu u.a., BVerfGG, Rdn. 181 zu § 90 (S. 136), Rdn. 191 zu § 90 (S. 144).

- a) Die Weiterentwicklung des Verfassungsprozeßrechts durch das BVerfG im Rahmen seiner Verfahrensautonomie¹⁾

Der Gesetzgeber hat es unterlassen, das Verfassungsprozeßrecht umfassend zu kodifizieren. Er hat bewußt einzelne Fragen offengelassen, um ihre Beantwortung der Rechtsprechung des BVerfG zu überlassen²⁾.

Die Zielsetzung des Gesetzgebers bestand darin, das BVerfG prozessual nur rahmenmäßig zu binden³⁾ und ihm nach Maßgabe einiger vorangestellter Grundsätze Ermessen einzuräumen. Deshalb hat er bewußt Lücken offengelassen. Zembsch⁴⁾ weist zutreffend auf die Besonderheit des Verfassungsprozeßrechts hin, denn in aller Regel läßt der Gesetzgeber Lücken nicht absichtlich offen. Aus diesem Grunde unterscheidet sich auch die Rechtsfortbildung des BVerfG im Bereiche der durch den Gesetzgeber bei Schaffung des BVerfGG bewußt offengelassenen Lücken von der Ausfüllung "unbewußter Lücken" durch andere Gerichte⁵⁾. Die herkömmliche Rechtsfortbildung "praeter legem" ist somit keine Kategorie der speziellen Verfahrensautonomie des BVerfG, da zur Ausfüllung von Lücken, die der Gesetzgeber bei der Kodifizierung nicht erkannt hat, alle Gerichte berufen sind⁶⁾. Die Verfahrensautonomie des BVerfG ist gekennzeichnet als vom Gesetzgeber

-
- 1) Teilweise wird auch der Begriff der begrenzten Verfahrensautonomie verwendet; vgl. die Ausführungen des Berichterstatters Prof. Dr. Wahl in der 112. Sitzung des Bundestages, S. 4224 f.; krit. Reifenberg, Diss. S. 53, da es sich nicht um Rechtsetzung, sondern um Rechtsprechung handele.
 - 2) Lechner, BVerfGG, S. 167. f.; Leibholz / Rupprecht, BVerfGG, Rdn. 1 zu § 17; Klein, in: Maunz / Schmidt-Bleibtreu u. a., BVerfGG, Rdn. 1 f., v. § 17; vgl. zu der ähnlichen Situation bei der Entwicklung des Verwaltungsprozeßrechts die wegweisende Abhandlung von Lücke, JuS 1961, S. 41 ff.
 - 3) Vgl. Prot. der 33. Sitzung des RABT, S. 13 ff., u. Prot. der 112. Sitzung des BT, S. 4224 f.
 - 4) Verfahrensautonomie des BVerfG, S. 86.
 - 5) Zembsch, a. a. O., S. 88.
 - 6) Larenz, Methodenlehre, S. 350.

bewußt übertragene Aufgabe, Rechtsfortbildung zur Erfüllung des Gesetzeszweckes durchzuführen. Anderenfalls wäre es auch nicht erforderlich, von einer besonderen Verfahrenautonomie des BVerfG zu sprechen¹⁾.

b) Auslegung und Analogie

Dem BVerfG stehen im Rahmen seiner Verfahrenautonomie verschiedene Möglichkeiten der Rechtsfortbildung zur Seite.

Es kann im Wege der Gesetzesauslegung versuchen, den vorgegebenen Sinn einer Norm, deren Aussage nicht klar genug ist, zu erschließen. Es mag hier dahinstehen, wie weit durch Interpretation eine Entfernung vom Wortlaut einer Einzelschrift vertretbar ist. Ein "allgemeiner Grundsatz der Subsidiarität der VB", der nach Ansicht des BVerfG nicht nur aus § 90 II BVerfGG zu entnehmen sei²⁾, kann jedenfalls schon rein begrifflich durch die bloße Auslegung dieser Einzelnorm nicht nachgewiesen werden.

Auch die Analogie scheidet als Mittel zum Nachweis eines allgemeinen Grundsatzes, der einen Extrakt der "ratio iuris" bildet, welche hinter der "lex" und der "ratio legis" liegt³⁾, aus. Denn die Analogie beschränkt sich auf die Gleichstellung eines zweiten, ganz bestimmten Tatbestandes, während ein allgemeiner Grundsatz Geltung für eine - zur Zeit seiner Ermittlung noch nicht überschaubare - Vielzahl von Fällen beansprucht⁴⁾.

1) Zembsch, a.a.O.

2) Vgl. z.B. BVerfGE Bd. 31, 364 ff., 368.

3) Canaris, Feststellung von Gesetzeslücken, § 84 (S. 97); vgl. auch Larenz, Methodenlehre, S. 365 f.

4) Canaris, a.a.O., § 91, der das von ihm synonym für Grundsatz bezeichnete Prinzip im Gegensatz zur Analogie als "offen" bezeichnet, da es eine über den Einzeltatbestand, anlässlich dessen es gewonnen wurde, weit hinausgehende Tragweite hat; vgl. weiterhin zum Unterschied zwischen Gesetzes- oder Einzelanalogie auf der einen, sowie Rechts- und Gesamtanalogie auf der anderen Seite, Larenz, a.a.O., S. 364 f., u. Menger, System, S. 68 f.

c) Entwicklung eines Prozeßgrundsatzes

aa)

Verfahrens- oder Prozeßgrundsätze kann das BVerfG entwickeln, indem es einen gemeinsamen Grundgedanken nachweist, der speziell für das Verfassungsprozeßrecht oder eines seiner speziellen Verfahren von allgemeiner Bedeutung ist. Als kleinster gemeinsamer Nenner ist zu fordern, daß dem bereits durch den Gesetzgeber formulierten Inhalt des Grundsatzes ein darüberhinausgehender, gleichsam überschießender Sinngehalt innewohnt¹⁾.

bb)

Das BVerfG kann sich aber auch auf "Allgemeine Prozeßgrundsätze" (nicht zu verwechseln mit den allgemeinen Grundsätzen, deren spezifische Bedeutung sich nur in einer Prozeßordnung entfaltet)²⁾ beziehen, die in einer oder gar mehreren anderen Verfahrensordnungen gelten³⁾. Für ein derartiges Vorgehen kommt zunächst die VwGO in Betracht, da sie dem verfassungsgerichtlichen Verfahren am nächsten steht⁴⁾. Daneben ist jedoch ebenfalls ein Rückgriff auf die ZPO als grundlegende Verfahrensordnung des deutschen Prozeßrechts (Zivilprozeßordnung als älteste "lex scripta" unseres Verfahrensrechts)⁵⁾, die StPO, die Rechtsprechung des ehemaligen Staatsgerichtshofes für das Deutsche Reich und der Verfassungsgerichtshöfe

1) Vgl. Larenz, Methodenlehre, S. 470.

2) Vgl. die Definition bei Rüdig, Theorie des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens, S. 1: "Unter" Allgemeinem Prozeßrecht" wird man die Menge sämtlicher übereinstimmender Normen jeweils wenigstens zweier gegebener Prozeßordnungen verstehen".

3) Vgl. Engelmann, Diss. S. 60, m.N.; Federer, Das Bundesverfassungsgericht, S. 59 ff., 76; allgemein dazu auch Menger, in: Staatsbürger und Staatsgewalt, Bd. 2, S. 427 ff., 433.

4) Leibholz / Rupprecht, BVerfGG, Rdn. 1 zu § 17, u. Klein, in: Maunz / Schmidt-Bleibtreu u.a., BVerfGG, Rdn. 4, v. § 17.

5) Vgl. Menger, a.a.O., S. 433.

der Länder sowie die Praxis ausländischer Verfassungsgerichtshöfe möglich¹⁾. Bei diesem Vorgehen handelt es sich um das Verfahren der komperativen Auslegung²⁾. Diese "Allgemeinen Prozeßgrundsätze", welche in einer oder mehreren anderen Verfahrensordnungen gelten, können auch zur weiteren Begründung und als zusätzliche Argumentationshilfe herangezogen werden, um einen bereits aus dem Verfassungsprozeßrecht entwickelten Grundsatz abzusichern³⁾.

d) Die Ermittlung der Geltungsgründe eines Prozeßgrundsatzes

Immer bedarf es aber des detaillierten Nachweises der Geltung eines Grundsatzes⁴⁾. Denn (Verfahrens-)Grundsätzen kann bis auf ihre durch den Gesetzgeber ausdrücklich positivierten Teile nicht der Rang von Rechtsquellen zuerkannt werden⁵⁾. Deshalb kann sich ihr Geltungsanspruch auch nur auf die hinter ihnen stehenden Gründe, die "ratio iuris", die hinter der "lex" und der "ratio legis" liegt⁶⁾, stützen.

Zur Ermittlung dieser besonderen Geltungsgründe bieten sich im wesentlichen drei Möglichkeiten⁷⁾.

aa) Der Schluß aus mehreren gesetzlichen Vorschriften auf einen gemeinsamen Grundgedanken, der dem positiven Recht immanent ist und in diesem nur unvollkommen formuliert wurde - Induktion -. Daneben ist aber noch eine zusätzliche Bewertung zur Beantwortung der Frage erforderlich, ob es sich dabei um einen allgemeinen Grundsatz und nicht lediglich eine

1) Lechner, BVerfGG, S. 168; Leibholz / Rupprecht, BVerfGG, Rdn. 1 zu § 17; Klein, in: Maunz / Schmidt-Bleibtreu u.a., BVerfGG, Rdn. 4 f. v. § 17.

2) Vgl. Stern, Staatsrecht, Bd. 1, S. 35, sub 2 II 3 b.

3) Engelmann, Diss. S. 62.

4) Lechner, BVerfGG, S. 168; Leibholz / Rupprecht, BVerfGG, Rdn. 1 zu § 17; Klein, in: Maunz / Schmidt-Bleibtreu u.a., BVerfGG, Rdn. 4 v. § 17 (S. 2); die dies ausdrücklich nur bei der Heranziehung von Grundsätzen anderer Verfahrensordnungen fordern; Engelmann, Diss., S. 92 und allgemein Canaris, Feststellung von Gesetzeslücken, § 88 (S. 92).

5) Siehe hierzu ausführlich unten VI.b.

6) Canaris, a.a.O., §§ 88 u. 89.

7) Vgl. Canaris, a.a.O., § 88, der ebenfalls darauf hinweist, daß diese Aufzählung nicht abschließend sein muß.

Reihe von Sondertatbeständen handelt¹⁾.

bb) Die Rückführung auf die Rechtsidee und

cc) Die "Natur der Sache".

Die Aussage, daß es sich bei der durch Induktion ermittelten ratio legis (aa) um einen allgemeinen Grundsatz und nicht nur um die Aneinanderreihung von Sondertatbeständen handelt, kann wiederum durch den Rückgriff auf die Rechtsidee (bb) und die "Natur der Sache" (cc) bestätigt werden, sodaß sich die einzelnen Methoden gegenseitig ergänzen²⁾.

III. Die Ableitung des Grundsatzes der Subsidiarität der VB aus dem BVerfGG

a) Die Rechtsidee und ihre Tragweite

Ganz allgemein dient diese Subsidiarität der VB in der durch das BVerfG gehandhabten Form dazu, die Zulässigkeit der VB weitgehend einzuschränken. § 90 II 1 BVerfGG bedingt durch das Gebot der Erschöpfung des Rechtsweges vor Anrufung des BVerfG eine zeitliche Zulässigkeitsperre, die dazu führen kann, daß die Anrufung des BVerfG nicht mehr erforderlich ist, weil die Grundrechtsverletzung schon im Instanzenzug beseitigt wurde, oder aber daß die VB bereits endgültig ausgeschlossen ist, weil der Instanzenzug durch den BF nicht erschöpft wurde. Dieses Gebot der Erschöpfung des Rechtsweges vor Erhebung der VB wurde durch das BVerfG dann immer mehr zu einem Gebot der Erschöpfung sämtlicher Rügemöglichkeiten überhöht³⁾.

Das BVerfG hat sich zu seiner Rechtfertigung vielfach auf einen Grundsatz oder ein Prinzip der Subsidiarität der VB bezogen⁴⁾, dazu als Begründung aber neben der vereinzelt aufgeführten rechtspolitischen Aspekte bestenfalls angeführt, daß dieser allgemeine Grundsatz

1) Vgl. Canaris, a.a.O., § 92 u. Larenz, Methodenlehre, S. 364 f.

2) Canaris, a.a.O., § 92.

3) Vgl. im einzelnen oben I. a und 3. Teil.

4) Vgl. oben S. 16, N. 1.

der Subsidiarität der VB nicht nur aus § 90 II 1 BVerfGG zu entnehmen sei¹⁾. Weitere gesetzliche Vorschriften, aus welchen im Wege der Induktion auf den gemeinsamen Grundgedanken - den Grundsatz der Subsidiarität - geschlossen werden könnte, blieben trotz dieses Ansatzes ungenannt.

Es soll deshalb im folgenden der Versuch unternommen werden zu klären, ob dieser Grundsatz der Subsidiarität der VB im Wege der Induktion bzw. der Rückführung auf eine Rechtsidee als existent bestätigt werden kann²⁾.

1.) Rechtssicherheit

Aus Gründen der Rechtssicherheit ist es gerechtfertigt, nur ausnahmsweise formell rechtskräftige Entscheidungen wiederum von neuem in Frage zu stellen³⁾. Deshalb soll der BF sich tunlichst innerhalb der Instanzgerichtsbarkeit darum bemühen, daß eine rechtskräftige verfassungswidrige Entscheidung überhaupt nicht ergeht. Dieser Gefahr kann der BF durch Ausschöpfung aller ihm zur Verfügung stehenden Rügemöglichkeiten vorbeugen. Denn dadurch wird die Wahrscheinlichkeit einer früheren Abhilfe erhöht. Den Nichtgebrauch dieser Rechte kann er dann später nicht mehr mit Hilfe der VB korrigieren.

Dieser Gesichtspunkt korrespondiert mit dem Erfordernis der vorgängigen Erschöpfung sämtlicher Rügemöglichkeiten und somit dem Regelungsbereich des § 90 II 1 BVerfGG, ohne sich allerdings im Gesetzeswortlaut zu erschöpfen. Es handelt sich um einen die reine Satzaussage des § 90 II 1 BVerfGG überlagernden und erweiternden Sinngehalt, der geeignet ist, die gesetzliche Regelung zu einem Grundsatz zu erweitern⁴⁾.

1) Vgl. BVerfGE Bd. 31, 364 ff., 368.

2) Die Reihenfolge der Aufzählung soll keine Aussage über den Rang der Bedeutung der einzelnen Gesichtspunkte treffen.

3) Leibholz / Rupprecht, BVerfGG, Rdn. 78 zu § 90; Schmidt-Bleibtreu, in : Maunz / Schmidt-Bleibtreu u.a., BVerfGG, Rdn. 191 zu § 90; BVerfGE Bd. 22, 287 ff., 290 f.

4) Vgl. Larenz, Methodenlehre, S. 470

2.) Entlastungsgedanke

Von dem BVerfG sollen vermeidbare VBen ferngehalten werden. Es soll entlastet und für seine eigentliche Aufgabe des Grundrechtsschutzes freigemacht werden¹⁾.

Dieser Entlastungsgedanke kommt am besten dann zur Geltung, wenn das Gebot der Erschöpfung aller Rügемöglichkeiten im Instanzenzuge der Fachgerichte so streng wie möglich gehandhabt wird. Diese Idee der Entlastung des BVerfG kommt auch nicht nur in der Regelung des § 90 III 1 BVerfGG zum Ausdruck. Sie wird ebenfalls getragen durch den Begründungszwang in § 92 BVerfGG. Hierdurch wird dem BVerfG nicht nur die Arbeit der Stoffsammlung erleichtert. Es wird auch unmittelbar entlastet, denn VBen ohne schriftliche Begründung fallen sogleich der Abweisung als unzulässig anheim. Ebenfalls wird die Zulässigkeit der VBen durch die Ausschlußfristen des § 93 BVerfGG beschränkt. Einen weiteren deutlichen Niederschlag hat der Entlastungsgedanke daneben in dem sehr engmaschigen Annahmeverfahren des § 93 a BVerfGG gefunden.

Das BVerfG soll aber auch bei der Bearbeitung der VBen entlastet werden, über die es letztendlich zu befinden hat. So soll ihm vor seiner Entscheidung Gelegenheit gegeben werden, die Fallanschauung und die Rechtsauffassung der Instanzgerichte kennenzulernen und ihm soll die Mühe der Sachaufklärung erspart bleiben²⁾.

Auch dieser Gesichtspunkt korrespondiert mit der Notwendigkeit der Erschöpfung des Instanzenzuges. Seine stärkste Berücksichtigung findet dieser Gedanke dann, wenn dem BF die Pflicht zur Ausschöpfung aller irgendwie in Betracht kommenden Rechtsbehelfe aufgebürdet wird. Bei diesem Gedanken handelt es sich

1) Leibholz / Rupprecht, BVerfGG, Rdn. 78 zu § 90 (S. 376); Schmidt-Bleibtreu, in: Maunz / Schmidt-Bleibtreu, BVerfGG, Rdn. 191 zu § 90 (S. 145), u. Rdn. 193 (S. 146); BVerfGE Bd. 4, 193 ff., 198; 16, 124 ff., 127; 22, 287 ff., 290 f.

2) Leibholz / Rupprecht, BVerfGG, Rdn. 78 zu § 90 (S. 375); Schmidt-Bleibtreu, in: Maunz / Schmidt-Bleibtreu u.a., BVerfGG, Rdn. 193 zu § 90 m.w.N.; Rupp, ZZP, Bd. 82 (1969), S. 11; BVerfGE Bd. 9, 3 f., 7; 8, 222 ff., 227.

um einen "Überschuß an wertendem Sinngehalt"¹⁾, der sich an den bereits rechtssatzförmig formulierten Inhalt anschließt.

3.) Edukationseffekt

Der VB kommt ein genereller Edukationseffekt zu²⁾, das objektive Verfassungsrecht zu wahren und seiner Auslegung und Fortbildung zu dienen³⁾. Die Urteilszuständigkeit muß deshalb zentralisiert sein, damit die erstrebte einheitliche Rechtsprechung des in seiner Bedeutung überragenden Gerichts gewährleistet ist⁴⁾.

Die Beschränkung auf einen einheitlichen überschaubaren Richterkreis und somit eine kleine Anzahl von Spruchkörpern wird unter anderem ermöglicht durch die Subsidiarität der VB. Je strenger sie gehandhabt wird, desto wirkungsvoller ist der Erfolg. Auch diese Rechtsidee wird in mehr oder weniger stärkerem Maße durch die §§ 92, 93 u. 93 a BVerfGG gefördert. Sie ist somit ebenfalls Teil eines über den Wortlaut des § 90 II 1 BVerfGG hinausgehenden Sinnzusammenhanges.

4.) Gewaltentrennung

Eine weitgehende Beschränkung der Zulässigkeit von VBen wird auch durch die verfassungsrechtlich verankerte Gewaltentrennung geboten⁵⁾.

Das BVerfG kann gem. § 95 III BVerfGG Gesetze für nichtig erklären. Rang und Bedeutung der Gesetzgebung verlangen aber eine besonders streng zu handhabende Prüfung der Frage, ob eine

1) Larenz, Methodenlehre, S. 470 unter Bezugnahme auf Betti.

2) Zweigert, JZ 1952, S. 321; zustimmend Huber, Verfassungsbeschwerde, S. 14.

3) BVerfGE Bd. 33, 247 ff., 259.

4) Ähnlich Schumann, Verfassungs- und Menschenrechtsbeschwerde, S. 118.

5) Schmidt-Bleibtreu, in: Maunz / Schmidt-Bleibtreu, BVerfGG, Rdn. 94 u. 181 zu § 90; Zweigert, JZ 1952, S. 322.

VB gegen die angegriffene Rechtsnorm erhoben werden kann, da die Gefahr eines grundgesetzlich nicht zulässigen Hinübergreifens der richterlichen Gewalt in die Sphäre des Gesetzgebers und somit ein Verstoß gegen das Gebot der Gewaltentrennung besonders groß ist¹⁾. Wie bereits Zweigert²⁾ formuliert hat, kann ohne eine besondere Zulässigkeitsbeschränkung leicht eine Machtverschiebung von den eigentlichen gesetzgeberischen Organen zu einem "gouvernement des juges", zu einer "Aristokratie der Robe" hin erfolgen. Die Verfassungsgerichtsbarkeit könnte "vom Hüter zum Auflösungsfaktor der Verfassung werden"³⁾.

Dieser gemeinsamen Gefahr beugen sowohl die Regelungen des § 90 II 1 BVerfGG als auch der §§ 92, 93 u. 93 a BVerfGG durch ihren zulässigkeitsbegrenzenden Charakter vor.

5.) Desintegration des Rechtslebens

Die behauptete Grundrechtswidrigkeit soll im jeweils mit der Beeinträchtigung zusammenhängenden sach nächsten Verfahren geltend gemacht werden⁴⁾. Die Grundrechtsinterpretation soll tunlichst nicht aus der Sach- und Rechtsambiance, in die das Grundrecht gestellt ist, herausgenommen werden⁵⁾. Denn Grundrechte werden in Verbindung mit einfachem Recht realisiert und verletzt. Eine isolierte Entscheidung, die lediglich auf die Prüfung von Grundrechtsverletzungen beschränkt ist, kann Gefahr laufen, diesen Zusammenhang zu übersehen. Zacher⁶⁾ bezeichnet diese Phänomene als "Gefahr der Desintegration des Rechtslebens", welche darin bestehen kann, daß mit der VB in "die Integrität der je konkreteren Sach- und Rechtszusammenhänge" hineinregiert werde.

1) Schmidt-Bleibtreu, in: Maunz / Schmidt-Bleibtreu u.a., BVerfGG, Rdn. 94 zu § 90.

2) a.a.O., S. 322.

3) Zweigert, a.a.O.

4) BVerfGE Bd. 31, 364 ff., 368.

5) Zacher, BVerfG u. GG, Bd. 1, S. 399 ff.

6) a.a.O.

Positiv ausgedrückt bedeutet dies, daß der beste Schutz der in § 90 I BVerfGG aufgezählten Rechte dann gewährleistet ist, wenn er so sachnah wie möglich durchgeführt wird. Dieser Zweck wird wiederum am besten erreicht, wenn der Streitgegenstand in den jeweiligen Fachgerichten so erschöpfend wie möglich behandelt wird. Notwendige Voraussetzung hierzu ist die Erschöpfung sämtlicher sich anbietender Rügemöglichkeiten.

6.) Eingliederung des VB-Verfahrens in die rechtsprechende Gewalt

§ 90 II 1 BVerfGG dient auch dazu, die VB in die rechtsprechende Gewalt einzugliedern¹⁾.

Bei der Schaffung der VB war ihr Verhältnis zu den sonstigen Rechtsschutzmöglichkeiten des Bürgers festzulegen. Es sollte einer unerfreulichen Doppelzuständigkeit von Instanzgerichten und dem BVerfG mit allen sich daraus ergebenden Unzulänglichkeiten vorgebeugt werden. Auch wenn das Konkurrenzverhältnis so gelöst wurde, daß die VB dem Bürger nur "als letzte Zuflucht bei Grundrechtsverletzungen durch den Staat"²⁾ dienen soll, so dient diese Einschränkung auch dem Interesse des einzelnen Bürgers. Denn der BF hat dadurch den Vorteil, daß die von ihm behauptete Grundrechtsverletzung in einer Vielzahl von Rechtsschutzverfahren überprüft wird. Daneben kann auch ein eventueller Kompetenzkonflikt nicht zu seinen Lasten ausgetragen werden. Auch diese Gesichtspunkte gehen somit über den formulierten Inhalt des § 90 II 1 BVerfGG hinaus.

7.) Materialien

Die weitgehende Einschränkung der Zulässigkeit der VB entsprach auch dem Willen des Gesetzgebers.

1) Arndt, NJW 1965, S. 807, r.Sp.; Leibold, Diss. S. 35 ff., 69.

2) So ausdrücklich Schmidt-Bleibtreu, in: Maunz / Schmidt-Bleibtreu u.a., BVerfGG, Rdn. 8 zu § 90 unter Berufung auf die Begründung des Regierungsentwurfes zum BVerfGG, BT-Drucks., 1. Wahlperiode, Nr. 788, S. 35.

Bereits der Entwurf der SPD-Fraktion des Bundestages vom 14. Dezember 1949¹⁾ sowie der Regierungsentwurf vom 1. März 1950²⁾ sahen die Zulässigkeit einer VB nur unter engen Voraussetzungen vor. Nach § 57 II des Entwurfes der SPD-Fraktion³⁾ sollte das BVerfG den Beschwerdeführer an das zuständige Gericht verweisen, sofern ein gerichtliches Verfahren noch nicht anhängig war. Nach der Regierungsvorlage sollte das VB-Verfahren ebenfalls bereits durch das Erfordernis der Rechtswegerschöpfung eingeschränkt sein. Der Rechtsausschuß des Bundesrates lehnte aber beide Vorschläge trotz der bereits eingearbeiteten Einschränkungen als zu weitgehend ab. Er verwies auf die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 IV GG und befürchtete eine Überlastung des BVerfG mit querulatorischen Beschwerden⁴⁾. Der Bundesrat trat dann für eine Einschränkung des Umfanges der VB ein und schlug eine "Grundrechtsklage" vor, die nur bei Verletzung eines Grundrechtes durch Akte der gesetzgebenden Gewalt zulässig sein und im übrigen auch gegenüber entsprechenden Rechtsbehelfen der Länder zurücktreten sollte⁵⁾. Die endgültige Fassung, gegen deren "weiten Umfang" nach wie vor Bedenken erhoben wurden⁶⁾, brachte dann das Gesetz mit der Beschränkung des § 90 II 1 BVerfGG.

Aus der Entstehungsgeschichte ergibt sich somit ebenfalls, daß die Einschränkung der VB durch das Gebot der vorgängigen Rechtswegerschöpfung einem tragenden Grundgedanken des Gesetzgebers entsprach und gleichfalls nur im Wege des Kompromisses eine noch stärkere Ausgestaltung unterblieb.

1) BT-Drucks., Nr. 328/49.

2) BT-Drucks., Nr. 125/50.

3) Ebenfalls abgedruckt bei Maunz / Schmidt-Bleibtreu, u.a., BVerfGG, Rdn. 8 zu § 90, N. 7.

4) Vgl. Roemer, JZ 1951, S. 191 ff., 198, 1. Sp.

5) Geiger, BVerfGG, Vorbemerkung 2 zu § 90; Schmidt-Bleibtreu, in: Maunz / Schmidt-Bleibtreu u.a., BVerfGG, Rdn. 8 zu § 90 (S. 12); Roemer, a.a.O.; Späth, Diss. S. 36.

6) Vgl. Späth, Diss. S. 37 m.w.N.

b) Die abgelehnte Meinung Leibolds

Leibold gelangt zu dem einseitigen Ergebnis, das Erfordernis der vorgängigen Rechtswegerschöpfung diene lediglich dem Zweck, die VB in die rechtsprechende Gewalt einzugliedern¹⁾. Ein weitergehender Sinn sei der Regelung des § 90 II 1 BVerfGG nicht zu entnehmen. Nach dem Willen des Gesetzgebers diene sie insbesondere nicht dazu, das BVerfG zu entlasten. Dies sei nur eine Folge der institutionellen Einordnung. Nur so könne der Gesetzgeber von dem Vorwurf bewahrt werden, bei der Schaffung der VB auf halbem Wege stehengeblieben zu sein und das an sich gegebene Rechtsschutzmittel der VB über das Zulässigkeitsersfordernis der Erschöpfung des Rechtsweges wieder genommen zu haben²⁾. Aus diesem Grunde sei der Sinn, den das BVerfG dem Erfordernis der vorgängigen Erschöpfung des Rechtsweges beimesse, viel zu weitgehend³⁾. Das BVerfG werde dadurch zu einer weiteren Instanz.

Diese Argumentation Leibolds begegnet mehreren Bedenken. Der Gesetzgeber hat den ihm durch Leibold unterstellten Willen niemals geäußert⁴⁾. Der Rechtsausschuß des Bundesrates verwies ausdrücklich auf die Gefahr einer Überlastung des BVerfG durch querulatorische Beschwerden⁵⁾. Im übrigen ist es auch nicht zutreffend, dem Gesetzgeber bei der Kodifizierung des BVerfGG einen abschließenden Willen zu unterstellen. Wie bereits dargestellt, hat der Gesetzgeber die nähere Verfahrensregelung bewußt dem BVerfG überlassen. Die vorsorglich geäußerte Ansicht

1) Leibold, Diss. S. 32 passim, 35, 39, 69.

2) Leibold, Diss. S. 35.

3) Leibold, Diss. S. 68: "das BVerfG unterliegt im Anschluß an Zweigert einem grundlegenden Irrtum über Sinn und Zweck des Vorschalts des Rechtsweges und der daraus resultierenden Subsidiarität der VB".

4) Leibold führt auf S. 37 aus, daß aus den Beratungen des Gesetzgebers nicht geschlossen werden könne, daß er der Entlastung des BVerfG selbständige Bedeutung hätte beilegen wollen.

5) Vgl. oben, S. 29 u. dort N.4.

Leibolds¹⁾, der Gesetzgeber müsse bei einer Überbeanspruchung des BVerfG die Zahl seiner Richter erweitern, steht in Widerspruch zu dem Erfordernis einer möglichst engen Begrenzung des Richterkreises zur Gewährleistung einer einheitlichen Rechtsprechung in verfassungsrechtlichen Fragen.

Auch die Ansicht²⁾, der Gesetzgeber sei bei Schaffung der VB auf halbem Wege stehen geblieben, wenn er dem Betroffenen das an und für sich gegebene Rechtsschutzmittel der VB über das Zulässigkeitserfordernis der Erschöpfung des Rechtsweges wieder nehme, ist nicht schlüssig. Denn der Gesetzgeber hat dem Bürger nicht ein ursprünglich uneingeschränktes Rechtsschutzmittel gegeben und dann über das Zulässigkeitserfordernis der Rechtswegerschöpfung teilweise wieder genommen, sondern er hat es ihm aus wohlüberlegten Gründen nur in beschränktem Umfang bei besonderer Rechtsschutzbedürftigkeit zur Verfügung gestellt³⁾.

Ausdrücklich leugnet Leibold⁴⁾, daß § 90 II 1 BVerfGG auch bezwecke, aus Gründen der Rechtssicherheit nur ausnahmsweise rechtskräftige Entscheidungen in Frage zu stellen, da jede Entscheidung unter dem Vorbehalt stehe, nicht gegen Grundrechte zu verstoßen. Mit Einführung der VB habe der Gesetzgeber zum Ausdruck gebracht, daß grundrechtsverletzende Entscheidungen keinen Bestand haben sollten⁵⁾. Dem ist entgegenzuhalten, daß der Gesetzgeber in § 90 BVerfGG ausdrücklich eine Präklusionsfrist für die Einlegung der VB normiert hat. Damit hat er eindeutig zu verstehen gegeben, daß selbst grundrechtswidrige Entscheidungen nur kurzfristig der Gefahr ausgesetzt sein sollten, nach Rechtskraft wiederum aufgehoben zu werden.

Im übrigen leidet die einseitige Aussage Leibolds auch darunter, daß sie den besonderen Charakter der VB gegenüber Normen nicht

1) Leibold, Diss. S. 37.

2) Leibold, Diss. S. 35.

3) Ohne nähere Begründung behauptet Leibold (S. 68) sogar, das Rechtsschutzinteresse gehöre im Rahmen der VB im Gegensatz zum Vorschalt des Rechtsweges in den Bereich der Prüfung der Begründetheit.

4) Leibold, Diss. S. 69.

5) Leibold, Diss. S. 69.

berücksichtigt. Hier gilt der Vorschalt nach § 90 II 1 BVerfGG zumindest nicht unmittelbar, denn einen vorher zu erschöpfenden Rechtsweg gegen Normen gibt es nicht¹⁾. Dennoch kann das BVerfG auch bei dieser Form der VB nicht genötigt sein, eine Aussage über die Begründetheit zu treffen, wenn dem BF kein schutzwürdiges Interesse zur Seite steht. Dies wäre es aber nach der Ansicht Leibolds, wonach der Vorschalt des Rechtsweges ausschließlich dazu dienen sollte, die VB in die rechtsprechende Gewalt einzugliedern und das Rechtsschutzbedürfnis erst im Bereich der Begründetheit relevant werden solle.

c) Zusammenfassung und Ergebnis

Das Gebot der vorgängigen Erschöpfung des Rechtsweges, welches durch den Gesetzgeber in § 90 II 1 BVerfGG kodifiziert wurde, beruht auf einer Vielzahl grundlegender Gesichtspunkte, deren Sinngehalt über den formulierten Inhalt der Regelung hinausragt und durch ihren Wortlaut nur unvollkommen erfaßt wird. Obwohl dieser "Überschuß an wertendem Sinngehalt"²⁾ in unterschiedliche Richtungen weist, liegt ihm ein gemeinsamer Nenner zugrunde. Er besteht darin, daß eine weitgehende Einschränkung der Zulässigkeit der VB zugunsten der vorgeschalteten Fachgerichte, deren Rechtsschutzmöglichkeiten vor Anrufung des BVerfG bis ins letzte auszuschöpfen sind, zu fordern ist.

Dies ergibt sich aus folgenden grundlegenden Erwägungen, die sich nach drei Zielrichtungen ordnen lassen:

aa) Wahrung der Integrität anderer Prinzipien

Die Aufhebung einer beliebig großen Zahl rechtskräftiger Entscheidungen würde der Rechtsunsicherheit Vorschub leisten. Auch soll die Gefahr eines Übergreifens des BVerfG in Bereiche des Gesetzgebers und somit eine Aufweichung der Gewaltentrennung weitestgehend vermieden werden.

1) Vgl. hierzu ausführlich, 3. Teil, III.

2) Vgl. Larenz, Methodenlehre, S. 470.

- bb) Der Schutz des BVerfG vor einer Arbeitsüberlastung und einer damit verbundenen Verminderung seiner Spruchqualität

Dem BVerfG soll Gelegenheit geboten werden, die Fallanschauung der Fachgerichte kennenzulernen, wodurch ihm eventuell weitere Entscheidungshilfen an die Hand gegeben werden. Gleichzeitig bleibt ihm die Mühe einer eigenen Sachaufklärung weitestgehend erspart. Dies hat wiederum zur Folge, daß es sich vermehrt seiner eigentlichen Aufgabe, der Wahrung und Fortbildung des Verfassungsrechtes widmen kann. Diesem "Edukationseffekt" wird es wiederum am besten gerecht, wenn die Urteilszuständigkeit auf einen möglichst kleinen Richterkreis beschränkt bleibt.

- cc) Wahrung der Interessen des betroffenen Bürgers selbst

Vor Anrufung des BVerfG soll die Grundrechtsinterpretation durch das jeweils mit der Beeinträchtigung zusammenhängende sachnächste Verfahren erfolgen. Dadurch wird gewährleistet, daß die Grundrechtsverletzung so fallbezogen wie möglich überprüft wird. Denn der Bürger wird durch die öffentliche Gewalt nur in Verbindung mit weiteren einfachgesetzlichen Vorschriften in seinen Grundrechten verletzt.

Weiterhin wird die VB durch § 90 II 1 BVerfGG in die rechtssprechende Gewalt eingegliedert. Unerfreuliche Doppelzuständigkeiten bzw. Kompetenzkonflikte zwischen den Fachgerichten und dem BVerfG werden am besten vermieden, wenn die Subsidiarität so kompromißlos wie möglich durchgeführt wird. Diese Aspekte dienen in verstärktem Maße dem Wohl des BF selbst. Eine Gesamtchau seines Problemes ist gewährleistet, der komplette Instanzenzug steht ihm zur Verfügung und er kann das jeweils zuständige Gericht zweifelsfrei bestimmen.

Diese vorstehend aufgezählten Gesichtspunkte bilden die Summe der Grundgedanken, deren Sinngehalt durch die gesetzliche Regelung des § 90 II 1 BVerfGG bestenfalls angedeutet wird. Schon dieser "überschießende Sinngehalt" rechtfertigt es deshalb, von einem Prozeßgrundsatz der Subsidiarität im VB-Verfahren zu sprechen.

dd) Bestärkt und ergänzt werden diese im Bereich des § 90 II 1 BVerfGG angesiedelten Grundgedanken auch durch das im Wege der Induktion gewonnene Ergebnis:

Denn der Schluß aus der Gesamtschau der §§ 90 II 1, 92, 93 u. 93 a BVerfGG bestätigt ebenfalls einen gemeinsamen Grundgedanken des Verfassungsprozeßrechtes, demzufolge die VB als "ausserordentlicher Rechtsbehelf"¹⁾ oder als "das letzte Refugium des um seine Grundrecht kämpfenden Bürgers"²⁾ bzw. als "ultima ratio"³⁾ nur ausnahmsweise zulässig sein soll.

Der Begründungszwang des § 92 BVerfGG kann dazu zwar nur bedingt angeführt werden. Aber auch er führt zur Abweisung einer Anzahl von VBen als unzulässig, wenn ihm überhaupt nicht, bzw. mangelhaft entsprochen wurde. Besonders stark wirkt sich das bei VBen aus, die von Nichtjuristen erhoben werden. An dieser Stelle wird auch augenfällig, daß das Fehlen eines Anwaltszwanges für den Bürger nicht unbedingt vorteilhaft ist.

Eine weitere gravierende Einschränkung erfährt die VB durch die Monatsfrist des § 92 I BVerfGG bei Interpretations-VBen, bzw. die Jahresfrist bei Gesetzen nach § 92 II BVerfGG. Wegen ihrer relativ seltenen Anwendungsmöglichkeit, die wiederum durch ihre Subsidiarität bedingt ist, wird sich der Betroffene vielfach erst nach Fristablauf der Möglichkeit bewußt, daß er sich noch mit Hilfe der VB hätte zur Wehr setzen können.

Eine sehr deutliche Einschränkung ihrer Zulässigkeit hat die VB auch in der Regelung des Annahmeverfahrens nach § 93 a BVerfGG gefunden. Selbst wenn der BF unstreitig in seinen Grundrechten verletzt ist und daneben alle sonstigen Zulässigkeitsvoraussetzungen erfüllt hat, bedarf die VB noch der Annahme durch den Senat. Diese ist davon abhängig, daß mindestens zwei Richter der Auffassung sind, daß die Klärung einer bisher noch offenen

1) Diese Umschreibung hat das BVerfG wiederholt gewählt, vgl. BVerfGE Bd. 22, 287 ff., 290; 33, 192 ff., 194; 33, 287 ff., 285; 38, 206 ff., 212.

2) So Geiger bereits in BA, N. 50, 1952, N. 7.

3) So Maurer, Kern- Festschrift, S. 275 ff., 291.

verfassungsgerichtlichen Frage zu erwarten ist oder dem BF durch Nichtannahme ein schwerer und unabwendbarer Nachteil entsteht (§ 93 a II 2 BVerfGG).

Der Grundsatz der Subsidiarität der VB setzt sich somit sowohl zusammen aus einem überschießenden Sinngehalt des bereits durch den Gesetzgeber formulierten Inhaltes der Regelung des § 90 II 1 BVerfGG, als auch aus einem im Wege der Induktion aus mehreren Vorschriften des Verfassungsprozeßrechts ermittelten Grundgedanken. Dieser Grundgedanke, der mit dem Gebot einer umfassenden Erschöpfung sämtlicher Rügemöglichkeiten innerhalb der Fachgerichte korrespondiert, findet in dieser Form keinen Niederschlag in anderen Verfahrensordnungen. Er wurde auch speziell nur aus dem Verfassungsprozeßrecht und für dieses entwickelt. Es handelt sich somit - um bei der gebräuchlichen Terminologie zu bleiben - um einen Verfahrens- oder Prozeßgrundsatz des Verfassungsprozeßrechts und nicht um einen "Allgemeinen Prozeßgrundsatz", der seine spezifische Bedeutung in mehreren Verfahrensordnungen entfaltet. Für seine Qualität als Grundsatz ist allerdings ohne Bedeutung, ob er aus dem Verfassungsprozeßrecht oder aus anderen Verfahrensordnungen entwickelt wurde.

IV. Der Grundsatz der Subsidiarität und die eingeschränkte Kognition

Wie bereits mehrfach ausgeführt wurde, soll der Grundsatz der Subsidiarität gewährleisten, daß VB nur und erst dann erhoben werden kann, wenn der Betroffene wegen einer Grundrechtsverletzung durch die öffentliche Gewalt nicht auf andere Weise Rechtsschutz erlangen konnte. Die Möglichkeit, sich mittels VB gegen Maßnahmen der öffentlichen Gewalt zur Wehr zu setzen, wird somit auf entscheidende Weise eingeschränkt. An dieser Stelle berührt sich die Subsidiarität der VB mit der eingeschränkten Prüfungsbefugnis und -pflicht des BVerfG nach § 90 II 1 BVerfGG. Denn auch durch die beschränkte Kognition wird der Anwendungsbereich der VB in erheblichem Umfange begrenzt. § 90 I BVerfGG beschränkt die Abhilmefähigkeit des

BVerfG von vornherein auf Fälle von Grundrechtsverletzungen. Eine Anrufung des BVerfG wegen Verletzung einfachen und sogar sonstigen Verfassungsrechts ist zumindest bei Einzelakten nicht möglich¹⁾. Nach Steinwedel²⁾ solle das BVerfG auch bei Einzelakten berechtigt sein, sonstiges Verfassungsrecht als Prüfungsmaßstab zu verwenden. Er begründet dies damit, daß nicht nur im Bereich der Rechtssatz-VB³⁾ eine Gleichstellung des VB-Verfahrens mit dem Normenkontrollverfahren geboten sei⁴⁾. Deshalb müsse eine instanzgerichtliche Auslegung einer Norm im VB-Verfahren darauf überprüft werden, ob sie konform mit dem gesamten Verfassungsrecht und nicht lediglich mit den Grundrechten und den gleichgestellten Rechten interpretiert wurde. Eine VB dürfe nicht wegen Verletzung einfachen Verfassungsrechts erfolglos bleiben, wenn dieselbe Frage bei Vorlage durch ein Fachgericht nach Art. 100 GG entschieden werden könnte. Leider kann Steinwedel zur Unterstützung seiner These nur sich selbst und Bogs zitieren⁵⁾, der diese Aussage aber nicht getroffen hat, wie Steinwedel an anderer Stelle⁶⁾ selbst einräumt.

Das Ergebnis Steinwedels ist deshalb nicht zu halten, weil bei der Einzelakt-VB der objektive Zweck hinter dem subjektiven zurücktritt. Grundsätze des abstrakten Normenkontrollverfahrens sind aber nur dann auf das VB-Verfahren übertragbar, wenn sie mit dessen subjektivem Charakter vereinbar sind⁷⁾. Die objektive Funktion eines Normenkontrollverfahrens erfüllt die VB aber nur dann, wenn sie sich gegen ein Gesetz richtet⁸⁾. Der Einzelakt-VB fehlt es im Gegensatz zur Rechtssatz-VB und zum Normenkontroll-

1) a.A. neuerdings Steinwedel, "Spezifisches Verfassungsrecht" u. "einfaches Recht", S. 62 f.

2) a.a.O.

3) Erwähnt sei in diesem Zusammenhang aus der Fülle des Stoffes nur die berühmte Elfes-Entscheidung des BVerfG, BVerfGE Bd. 6, 32 ff.

4) Steinwedel, a.a.O., S. 64.

5) Steinwedel, a.a.O., S. 73, N. 168.

6) Steinwedel, a.a.O., S. 64, N. 122.

7) Vgl. Menger, VerwArch Bd. 67 (1976), S. 307.

8) Huber, Die Verfassungsbeschwerde, S. 15; Schmidt-Bleibtreu, BayVB1 1965, S. 289 ff., 290; ders. in DöV 1962, S. 105 ff.; Schumann, Verfassungs- und Menschenrechtsbeschwerde, S. 81 f.

verfahren an einem Prüfungsgegenstand, der allgemeinverbindliche Wirkung erzeugt und über den Einzelfall hinausgeht. Ihr objektiver Zweck beschränkt sich auf die Beseitigung unmittelbarer Grundrechtsverletzungen¹⁾.

Erst kürzlich hat Spanner²⁾ darauf hingewiesen, daß die Subsidiarität der VB auch im Zusammenhang mit der Vermeidung ihrer Ausdehnung zur "Superrevision" beachtet werden müsse. Eine Ausdehnung des Prüfungsumfanges des BVerfG im Bereich des VB-Verfahrens könnte dieses in der Tat zu der häufig befürchteten "Superrevisionsinstanz", zu einer "4. Instanz" oder zu einem "gewöhnlichen Rechtsmittel pervertieren"³⁾.

Das BVerfG verwahrt sich ausdrücklich dagegen, die "Rolle eines Superrevisionsgerichtes" zu spielen⁴⁾, wenn auch eine dogmatisch saubere Lösung vielfach hinter Unklarheiten verborgen bleibt⁵⁾. Speziell im Zusammenhang mit der Elfes-Entscheidung⁶⁾ wurde dem BVerfG vorgeworfen, es habe seine Rechtsprechung zur unmittelbaren Rechtssatz-VB durch Überprüfung grundrechtsfremder Kompetenzverstöße "aus den Angeln gehoben"⁷⁾ oder wie Ehmke⁸⁾ es formuliert, ein "Arbeitsbeschaffungsprogramm" entwickelt⁹⁾.

1) Vgl. hierzu ausführlich Hutzelmann, Diss. S. 221 ff. u. die folgende N.

2) in: BVerfG u. GG, Bd. 1, S. 376.

3) Vgl. hierzu Federer, Das Bundesverfassungsgericht, S. 70; Friesenhahn, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 158; Hutzelmann, Diss. S. 197, 200, 236, 237; Lechner, BVerfGG, S. 340; Leibold, Diss. S. 28; Maunz, in: Maunz / Dürig u.a., GG, Rdn. 65 zu Art. 93; Schmidt-Bleibtreu, in: Maunz / Schmidt-Bleibtreu u.a., BVerfGG, Rdn. 17 zu § 90 (S. 27); Rupp, ZZP Bd. 82 (1969), S. 12; Schumann, Verfassungs- und Menschenrechtsbeschwerde, S. 42, 114, 197, 198; Steinwedel, a.a.O., S. 17, N. 5 u. S. 22, 46, 48, 51, 82; Zacher, in: BVerfG u. GG, Bd. 1, S. 398, 402; vgl. auch Sten.Prot., 53. Sitz. BT Ausschuß, S. 57 ff.

4) BVerfGE, Bd. 21, 290 ff., 296.

5) Vgl. Steinwedel, a.a.O., S. 18 f., m.w.N.

6) BVerfGE, Bd. 6, 32 ff.

7) Büsser, Diss. S. 77.

8) VVDStRL, Bd. 20 (1963), S. 85.

9) Ob die in der Elfes-Entscheidung (BVerfGE, Bd. 6, 32 ff.) dargelegte Auslegung des Art. 2 I GG zutreffend ist, wonach "verfassungsmäßige Ordnung" die Gesamtheit aller Normen ist und die Fehlerhaftigkeit einer Norm einen unmittelbaren Verstoß gegen Art. 2 I GG darstellen soll, kann hier nicht näher untersucht werden (vgl. zum Streitstand Dürig, in: Maunz / Dürig u.a., GG, Rdn. 18 ff. zu Art. 2 I; w.N. bei J. Müller, Diss. S. 120 ff.).

Dieser Vorwurf ist aber unzutreffend, weil das BVerfG aufgrund der objektiven Zielsetzung der Rechtssatz-VB¹⁾ gehalten ist, die Unwirksamkeit einer Norm aus allen nur denkbaren Gründen zu überprüfen²⁾. Zu einer "Superrevision" bzw. "4. Instanz" kann sich das BVerfG im Bereich der Rechtssatz-VB auch rein begrifflich nicht "pervertieren", da es nur gegen den Normvollzug und nicht gegen die Norm selbst - von § 47 VwGO einmal abgesehen - einen vorgeschalteten Instanzenweg gibt. Das BVerfG hat seine unbeschränkte Rechtmäßigkeitskontrolle auch immer nur bei der dem Normenkontrollverfahren gleichzusetzenden Rechtssatz-VB praktiziert. Es hat in ständiger Rechtsprechung betont, daß die Auslegung und Anwendung einfacher Gesetze grundsätzlich Sache der Instanzgerichte sei³⁾. Die Interpretations-VB, mit der lediglich die fehlerhafte Anwendung ansich rechtmäßiger Normen im Einzelfall durch die öffentliche Gewalt geltend gemacht werden kann, unterliegt der Kognition des BVerfG nur dann, wenn der Einzelakt unmittelbar gegen Grundrechte verstößt⁴⁾, wodurch der Prüfungsumfang des BVerfG in

1) Vgl. S. 37, N. 9.

2) Schumann, Verfassungs- und Menschenrechtsbeschwerde, S. 82, 198.

3) BVerfGE, Bd. 13, 318 ff., 325; 17, 302 ff., 305; 17, 337 ff., 346; 19, 303 ff., 310; 20, 323 ff., 330 f.; 21, 209 ff., 216 und schon vor der Elfes-Entscheidung, Bd. 1, 82 ff., 85; 3, 213 ff., 219 f.; 3, 359 ff., 365 f.; 4, 52 ff., 58.

4) Zu der hochstreitigen Frage, wann dies der Fall sein soll (vgl. aus neuester Zeit Steinwedel, a.a.O., S. 43 ff.), kann hier nicht näher Stellung bezogen werden. Stellvertretend sei auf die "Schumannsche Formel" verwiesen (Schumann, Verfassungs- und Menschenrechtsbeschwerde, S. 206 ff.), die an Gedanken der schweizerischen Prozeßrechtslehre anknüpft (Schumann, a.a.O., S. 207, N. 5). Danach unterfällt eine (angebliche) Fehlinterpretation einfachen Gesetzesrechts nicht der Kognition des BVerfG, wenn diese Regelung - als Rechtssatz gedacht - nicht gegen Grundrechte verstoßen würde. Auch das BVerfG wählt diesen Lösungsansatz, wie sich aus vielen, der "Schumannschen Formel" ähnlichen Formulierungen ergibt (z.B. BVerfGE, Bd. 2, 336 ff., 341; 3, 213 ff., 220; 4, 96 ff., 109 f.; 10, 221 ff., 228; 17, 337 ff., 346; 18, 18 ff., 33; 19, 1 ff., 5; 19, 342 ff., 350; 21, 306 ff., 311; 27, 142 ff., 148 f.; 27, 326 ff., 334; 28, 295 ff., 309 f.; 32, 311 ff., 316; 32, 319 ff., 326; 32, 373 ff., 383 f.; 35, 348 ff., 360; 36, 264 ff., 271).

erheblichem Umfange eingeschränkt ist.

Es ergibt sich somit folgendes Ergebnis:

Sowohl durch den Grundsatz der Subsidiarität der VB, als auch die eingeschränkte Kognition nach § 90 I BVerfGG wird die Möglichkeit, einen sachentscheidenden Spruch mit Hilfe der VB herbeizuführen, weitgehend beschnitten.

Die Subsidiarität beschränkt die Anrufungsmöglichkeit des BVerfG zunächst auf Zeit, bis der BF seine Grundrechtsverletzung mit Hilfe anderer Rügemöglichkeiten nicht mehr beseitigen kann. Sie bewirkt nicht von vornherein eine absolute Unzulässigkeit der VB. Diese Subsidiarität in der Zeit kann aber auch zu einem absoluten Ausschluß der VB führen, wenn sich der BF der Erschöpfung sämtlicher Rügemöglichkeiten - etwa durch Fristversäumnis - begeben hat. In diesem Falle ist dem BF die Möglichkeit, eine Grundrechtsverletzung mit Hilfe der VB zu rügen, ein für allemal genommen. Auch eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand scheidet im VB-Verfahren aus¹⁾.

Die eingeschränkte Kognition schließt dagegen die Möglichkeit, das BVerfG anzurufen, bei einem Großteil von Rechtsverletzungen bereits von Anfang an aus. Denn sofern der BF nicht in der Lage ist, eine der eingeschränkten Kognition des BVerfG unterliegende Verletzung "spezifischen Verfassungsrechts" zu rügen, steht ihm auch nach Erschöpfung des Rechtsweges die VB nicht zur Verfügung. In diesem Falle ist sie "absolut" ausgeschlossen.

Die eingeschränkte Kognition und der Grundsatz der Subsidiarität der VB ergänzen sich in der Rechtsidee, daß die VB nach Erschöpfung des Instanzenzuges nur noch als zusätzlicher Rechtsbehelf bei Verletzung der in § 90 I BVerfGG aufgezählten Rechte gewährt werden soll. Nur die Verletzung dieser Rechte erschien dem Gesetzgeber als so unerträglich - im Gegensatz zu der einfachen Rechtes -, daß dem Bürger noch eine weitere Chance zur Abhilfe eingeräumt werden sollte. Das Zusammenspiel dieser beiden

1) Vgl. Lechner, BVerfGG, S. 179, m.w.N.

Beschränkungen macht die VB erst zu dem außerordentlichen oder wie Schmidt-Bleibtreu¹⁾ es formuliert, zu dem "spezifischen Rechtsbehelf des Bürgers gegen den Staat", der sie von jedem anderen Rechtsmittel unterscheidet.

Wäre die VB nur durch die eingeschränkte Kognition und nicht auch durch den Grundsatz der Subsidiarität beschränkt, so wäre sie nur ein spezieller Rechtsbehelf neben den anderen unserer Rechtsordnung. Wenn aber die VB nur durch den Grundsatz der Subsidiarität und nicht auch in ihrem Prüfungsumfang beschränkt wäre, hätte sie ebenfalls nicht den Charakter eines außerordentlichen Rechtsbehelfes. Sie wäre lediglich ein nachgeschalteter Rechtsweg, eine 4. Instanz. Erst durch den Grundsatz der Subsidiarität und die eingeschränkte Kognition zusammen wird die VB somit zu dem außerordentlichen Rechtsbehelf. Beide Merkmale ergänzen und bedingen einander. Denn keines kann hinweggedacht werden, ohne daß der Charakter der VB als außerordentlicher Rechtsbehelf entfielen.

V. Zur Terminologie

a) Relative Subsidiarität

Gelegentlich wird im VB-Verfahren auch von einer relativen, formellen Subsidiarität gesprochen²⁾. Damit soll ausgedrückt werden, daß es sich nur um eine "Subsidiarität in der Zeit"³⁾, um eine "verfahrenshemmende Vorschrift"⁴⁾ oder um eine "einstweilige Sperre"⁵⁾ handle. Es gehe nicht darum, ob dem BF die VB absolut, wie etwa dem Revisionskläger bei fehlender Divergenz oder bei Nichtzulassung seines Rechtsmittels überhaupt verschlossen sei, sondern nur darum, von welchem Zeitpunkt an

1) In: Maunz / Schmidt-Bleibtreu u.a., BVerfGG, Rdn. 181 zu § 90 (S. 136).

2) Vgl. Memmer, Diss. S. 141; R. Schneider, ZZP, Bd. 79 (1966), S. 11, N. 15.; Schumann, Verfassungs- und Menschenrechtsschwerde, S. 45 f.; einschränkend auch von Bally, Diss. S. 126, u. Büsser, Diss. S. 24, N.2.

3) So Memmer, a.a.O.

4) So Schumann, a.a.O.

5) So R. Schneider, a.a.O.

sie erhoben werden könne¹⁾.

Schumann hat mit seinen Ausführungen - soweit ersichtlich - in der deutschen Verfassungsprozeßrechtslehre als erster die begrifflichen Gegensätze relativ - absolut im Zusammenhang mit der Subsidiarität der VB erörtert²⁾, aber nur eine relative Seite gesehen. Eine Untersuchung dieser Frage bietet sich jedoch spätestens bei der Erkenntnis an, daß auch bei Nichtausschöpfen sämtlicher, dem BF im Bereich der Instanzgerichte zu Gebote stehenden Rügemöglichkeiten die VB trotz unmittelbarer Grundrechtsverletzung ein für allemal ausgeschlossen sein kann, wenn diese infolge Fristablauf nicht mehr nachgeholt werden können.

b) Exkurs: Absolute Subsidiarität im schweizerischen Verfassungsprozeßrecht

Die Verwendung der Begriffspaare "absolute-" und "relative Subsidiarität" hat in der schweizerischen Verfassungsprozeßrechtslehre allgemeine Anerkennung gefunden³⁾. Danach ist die staatsrechtliche Beschwerde nach der in der schweizerischen Verfassungsprozeßrechtslehre gebräuchlichen Terminologie in zweifacher Hinsicht subsidiär.

Zum einen kann die Beschwerde nur nach Erschöpfung des kantonalen Instanzenzuges eingelegt werden (Art. 96 II 1 OG). Es besteht somit eine "Subsidiarität in der Zeit", welche allgemein als "relative Subsidiarität" bezeichnet wird⁴⁾. Zum anderen ist

1) Vgl. Schumann, a.a.O., u. oben IV.

2) Ein kurzer Hinweis befindet sich bereits bei Mischke, Diss. S. 127, N.1.

3) Vgl. Giacometti, Verfassungsgerichtsbarkeit des schweizerischen Bundesgerichts, S. 116, 117 ff.; Fleiner / Giacometti, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, S. 889 f.; Birchmeier, Bundesrechtspflege, S. 323 ff.; Imboden, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 521.

4) Vgl. Birchmeier, Giacometti, Imboden, jeweils a.a.O.; Schumann, Verfassungs- und Menschenrechtsbeschwerde, S. 27, N. 4., u. S. 46, N. 5, bezieht sich bei seinem Vorschlag, die Bezeichnung "relative Subsidiarität" auch im deutschen VB-Verfahren für das dort ebenfalls normierte Zulässigkeitsersfordernis der vorgängigen Erschöpfung des Rechtsweges einzuführen, ausdrücklich auf diese in der schweizerischen Verfassungsprozeßlehre gebräuchliche Terminologie.

die staatsrechtliche Beschwerde zum Bundesgericht nur zulässig, wenn der BF nicht mit anderen eidgenössischen Rechtsmitteln beim Bundesgericht oder bei einer anderen Bundesbehörde Rechtsschutz erlangen kann (Art. 84 II OG). Hier tritt die staatsrechtliche Beschwerde regelmäßig zurück: absolute Subsidiarität -. Denn da über die gewöhnlichen Rechtsmittel ebenso wie über die staatsrechtliche Beschwerde das Bundesgericht als einheitliches Gericht entscheidet, erschien es nicht angebracht, wegen ein und derselben Verletzung verfassungsmäßiger Rechte gleichzeitig zwei verschiedene Rechtsbehelfe zur Verfügung zu stellen. Dieses Konkurrenzverhältnis im schweizerischen Verfassungsprozeßrecht wurde durch den dortigen Gesetzgeber zu Ungunsten der staatsrechtlichen Beschwerde positiviert, welche hinter den ordentlichen Rechtsmitteln der eidgenössischen Rechtspflegeordnungen zurücktritt, sofern diese dem Tatbestande nach vorliegen.

Dem deutschen VB-Verfahren ist ein Konkurrenzverhältnis in Form der absoluten Subsidiarität des schweizerischen Verfassungsprozeßrechtes fremd. Denn das BVerfG entscheidet nicht ebenso wie das schweizerische Bundesgericht als einheitliches Gericht sowohl über VBen als auch über die ordentlichen Rechtsmittel der übrigen Gerichtszweige. Aus dieser Tatsache kann aber nicht geschlossen werden, daß der Begriff "absolute Subsidiarität" nur im Sinne der schweizerischen Verfassungsprozeßrechtslehre Gültigkeit haben kann. Auch die deutsche VB ist ausschließlich aus Gründen ihrer Subsidiarität trotz einer Grundrechtsverletzung ein für allemal, d.h. absolut ausgeschlossen, wenn der BF die ihm zur Verfügung stehenden Rügemöglichkeiten der Instanzgerichtsbarkeit nicht ausgeschöpft hat und diese wegen Fristablauf nicht mehr nachgeholt werden können. Das Begriffspaar der relativen - und absoluten Subsidiarität ist somit auch durchaus im Bereich der deutschen Verfassungsprozeßrechtslehre geeignet, unterschiedliche prozessuale Erscheinungsformen darzustellen.

c) Die Geeignetheit der Bezeichnung "Subsidiarität"

Ganz allgemein sollte bei der Wahl einer Bezeichnung schon aus Gründen der begrifflichen Klarheit so vorgegangen werden, daß durch die Namensgebung keine Verwirrung entsteht. Diese Fest-

stellung gilt unabhängig von der unbestreitbaren Tatsache, daß die zu beschreibende Erscheinung ihrer Bezeichnung vorgegeben ist. Denn unter keinen Umständen hängt das Wesen der Erscheinung von ihrer mehr oder weniger glücklichen Bezeichnung ab (*falsa demonstratio non nocet*). So wird heute von niemandem geleugnet, daß der meist mit "positive Vertragsverletzung" umschriebene Grundsatz des Schuldrechtes durch diese Bezeichnung nur ungenau charakterisiert wird. Denn eine PVV erfaßt neben Verstößen gegen vertragliche Pflichten auch solche aus gesetzlichen Schuldverhältnissen. Weiterhin kommt als Verletzungshandlung neben einem positiven Tun auch ein Unterlassen in Betracht¹⁾. Dennoch wird überwiegend an der von Staub im Jahre 1902 gewählten Bezeichnung festgehalten.

Auch in der Verfassungsprozeßrechtslehre wird vereinzelt behauptet, die Bezeichnung der VB als subsidiär sei fehlerhaft.

aa) Die Ansicht Arndts

Arndt²⁾ führt aus, das BVerfG und sein Verfahren innerhalb der rechtsprechenden Gewalt seien nicht subsidiär, sondern durch Selbständigkeit ausgezeichnet. Ebenfalls sei das grundsätzliche Erfordernis der Rechtswegerschöpfung nicht nur Zulässigkeitsvoraussetzung, sondern es diene zugleich institutionell der Einordnung der VB in die rechtsprechende Gewalt. Dieser Sinn sei "leider dadurch verdunkelt worden, daß das BVerfG von einer Subsidiarität der VB" spreche.

Die Feststellungen von Arndt, die VB sei durch Selbständigkeit ausgezeichnet und das Erfordernis der vorgängigen Erschöpfung des Rechtsweges diene auch der Einordnung der VB in die rechtsprechende Gewalt, sind zutreffend und im übrigen auch nicht bestritten. Nur tragen sie nicht das darauf gegründete Ergebnis, daß deshalb nicht von einer Subsidiarität der VB gesprochen werden könne. Arndt geht unzulässigerweise von einem selbst definierten

1) Vgl. Heinrichs, in: Palandt, Anm. 7 a zu § 276 BGB

2) NJW 1965, S. 807 f.

Subsidiaritätsbegriff aus, um alsdann festzustellen, daß dieser dem Wesen der besonderen Zulässigkeitsvoraussetzungen des Verfassungsprozeßrechts nicht gerecht werde. Arndt ist entgegenzuhalten, daß er den Unterschied zwischen einer einzelnen Zulässigkeitsvoraussetzung und einem Prozeßgrundsatz nicht ausreichend gewürdigt hat. Das BVerfG und ein Teil der Lehre haben das durch den Gesetzgeber nur unvollkommen geregelte Verfassungsprozeßrecht weiterentwickelt und in vielen Teilbereichen bisher nicht positivierte Verfahrenskriterien aufgezeigt. Einige davon bilden den durch das BVerfG so benannten Grundsatz der Subsidiarität der VB¹⁾.

Bereits mehrfach wurden Erscheinungsformen und sogar Grundsätze der Subsidiarität aufgezeigt, denen völlig unterschiedliche rechtliche Bedeutungen zukommen. Dem BVerfG ist es deshalb unbenommen, einem Verfahrenskriterium, das die Voraussetzungen eines Prozeßgrundsatzes erfüllt, die Bezeichnung seiner Wahl zu geben. Dabei kann dahinstehen, ob sich die einzelnen Kriterien des VB-Verfahrens, die das BVerfG in einem Grundsatz vereint sieht, mit denjenigen anderer, ebenfalls als subsidiär bezeichneter Rechtsbehelfe decken²⁾. Denn das BVerfG hat eine eventuell gegebene Verwechslungsgefahr von vornherein ausgeschlossen. Es spricht ausdrücklich von einem "Grundsatz der Subsidiarität der VB", den es immer stärker entwickelt habe³⁾. Dadurch werden die Eigenständigkeit und der spezielle Charakter dieses Grundsatzes für das VB-Verfahren bereits durch seine Bezeichnung erkennbar hervorgehoben.

Dem BVerfG und der ihm zustimmenden Lehre kann auch nicht der Vorwurf gemacht werden, die sprachliche Bedeutung der Worte

1) Sehr deutlich formuliert das BVerfG in BVerfGE Bd. 31, 364 ff., 368: "..... aus dem allgemeinen Grundsatz der Subsidiarität der VB, der nicht nur aus § 90 II BVerfGG zu entnehmen, sondern vom BVerfG ständig hervorgehoben wird folgt zwingend.....".

2) Medicus (JuS 1977, S. 637) zählt in einer zivilrechtlichen Abhandlung bei der Anführung von Beispielen die Subsidiarität der VB sogar zu dem "bekanntesten Anwendungsfall im Prozeßrecht".

3) So ausdrücklich BVerfGE Bd. 33, 247 ff., 258.

"Subsidiarität" oder "subsidiär" würde die von ihnen so benannten Wesensmerkmale der VB nicht umfassen. Bereits oben¹⁾ wurde dargelegt, daß die sprachliche Bedeutung der Worte Subsidiarität oder subsidiär sowohl eine negative (Schlagwort: Zurückhaltung) als auch eine positive Seite (Schlagwort: Hilfe) umfaßt. Wenn Arndt²⁾ sich gegen diese Begriffsbestimmung wendet, da das Verfahren durch Selbständigkeit gekennzeichnet sei, so mag er dabei nur an die negative Seite der Wortbedeutung gedacht haben. Auf jeden Fall aber steht die Eigenständigkeit der VB der positiven Seite der Wortbedeutung nicht entgegen, wonach das BVerfG als zuständige Institution dann helfen soll, wenn dies notwendig ist, d.h. dann, wenn die zunächst damit betrauten Instanzen nicht in der Lage waren, Abhilfe zu schaffen. Es ist deshalb nicht ersichtlich, weshalb die von Arndt gewählten Beispiele die Verwendung des Begriffes der Subsidiarität für das VB-Verfahren unzulässig machen sollten³⁾.

bb) Die Ansicht Büssers

Die obigen Ausführungen sind auch dem nicht näher begründeten Vorwurf Büssers⁴⁾ entgegenzuhalten, Zweigert⁵⁾ habe die VB mißverständlich als subsidiär bezeichnet⁶⁾. Memmer⁷⁾, auf den sich Büsser⁸⁾ ergänzend bezieht, führt aus, Zweigert gebe dem Ausdruck der Subsidiarität im Zusammenhang mit Rechtsbehelfen einen weiteren Sinn, als sonst üblich sei. Unabhängig von der

1) 1. Teil, I.

2) a.a.O., S. 807 f.

3) Im Ergebnis ebenso Schmidt-Bleibtreu, in: Maunz / Schmidt-Bleibtreu u.a., BVerfGG, Rdn. 186, N. 1 zu § 90.

4) a.a.O., S. 24.

5) JZ 1952, S. 321.

6) Büsser dürfte im übrigen übersehen haben, daß auch schon Geiger, in: BANz. N. 30 (1952), S. 6 ff., 7, 1.Sp. zur selben Zeit ebenfalls diesen Begriff zur Charakterisierung des VB-Verfahrens verwendet hat.

7) a.a.O., S. 141.

8) a.a.O., S. 24, N. 2.

Richtigkeit dieser Aussage¹⁾ behauptet Memmer aber nicht, die Bezeichnung "Subsidiarität" sei für das VB-Verfahren zu Unrecht gewählt worden. Er schlägt nur zur genaueren Charakterisierung den Begriff "relative Subsidiarität" vor.

cc) Die Ansicht Hutzelmanns

Hutzelmann²⁾ meint, die Bezeichnung "relative Subsidiarität der VB" solle besser durch den Begriff der "relativen Einschränkung der VB" ersetzt werden, da jede Subsidiarität relativ sei. Dabei ist Hutzelmann der Fehler unterlaufen, einen anderen Begriff vorgeschlagen zu haben, der genauso relativ ist, wie der alte. Im übrigen ist der Begriff der Subsidiarität in seiner Wortbedeutung nicht so eng, wie Hutzelmann meint. Bereits bei der staatsrechtlichen Beschwerde zum schweizerischen Bundesgericht ist dargelegt worden, daß die Begriffsgegensätze der relativen und absoluten Subsidiarität durchaus geeignet sind, prozessuale Erscheinungen zu beschreiben.

dd) Die Ansicht Giebelmanns

Diesen Gesichtspunkt übersieht ebenfalls Giebelmann³⁾, der die Bezeichnung der Subsidiarität im VB-Verfahren lediglich auf die Beschwerde der Gemeinden gem. § 91 BVerfGG angewendet sehen will. Er stützt sich erklärend auf Huber⁴⁾, der aber bei der Beschreibung des schweizerischen Verfassungsprozeßrechts nur die Unterschiede zwischen relativer- und absoluter Subsidiarität der staatsrechtlichen Beschwerde dargelegt hat, ohne ausdrücklich die Bezeichnung der Subsidiarität zu erwähnen. Von einer Ablehnung kann nicht die Rede sein.

ee) Die Ansicht Ridders

Ridder⁵⁾ wirft dem BVerfG vor, es habe durch das unglücklicher-

1) Vgl. Medicus, a.a.O., S. 637.

2) a.a.O., S. 162, N. 41.

3) Diss. S. 14.

4) Die Verfassungsbeschwerde, S. 12.

5) JZ 1968, S. 377 ff.

weise auch hier bemühte Subsidiaritätsprinzip, das nachweislich kein zentraler Rechtsgedanke des GG sei, einen Treibsatz entwickelt, der, wenn er nicht sofort entschärft werde, schließlich zur Pulverisierung des Instituts der VB führen könne¹⁾. Im übrigen sei ein Grundsatz der Subsidiarität, der mit dem unmißverständlichen Wortlaut des § 90 II 1 BVerfGG in Widerspruch stehe und außer den dem Gesetz zu entnehmenden Rechtsfolgen weitere Rechtsnachteile mit sich brächte, "schlechthin rechtsstaatswidrig"²⁾. Denn bei der VB würden sich die "Wesensmerkmale" ihrer "Außerordentlichkeit" und ihres "Ausnahmecharakters.... nach dem Gesetz- und nur nach dem Gesetz" bestimmen³⁾.

Darin kann Ridder nicht gefolgt werden. Wie bereits im ersten Teil dieser Untersuchung dargelegt wurde, hat die durch das BVerfG und die ihm zustimmende Lehre so bezeichnete Subsidiarität der VB als rechtstechnische prozessuale Regelung nichts mit einem Subsidiaritätsprinzip im Sinne einer materiellen Wertstufung gemein, welches die Daseinsentfaltung unterer Verbände oder des Individuums gegenüber dem Staat sichern will⁴⁾. Es ist unzutreffend, dem BVerfG vorzuwerfen, es habe diese unterschiedlichen Erscheinungen gleichen Namens verwechselt. Aus diesem Grunde hätte es Ridder auch nicht nötig gehabt, entgegen einer weitverbreiteten Lehre ohne nähere Begründung zu behaupten, daß das Subsidiaritätsprinzip im Sinne einer materiellen Wertstufung "nachweislich kein zentraler Rechtsgedanke des GG's" sei⁵⁾.

Aber auch die zweite Aussage Ridders, die Entwicklung eines Subsidiaritätsgrundsatzes im VB-Verfahren, der in seinen Auswirkungen über den Gesetzeswortlaut hinausgehe, sei "schlechthin

1) a.a.O., S. 379, r.Sp.

2) a.a.O., S. 378, r.Sp.

3) a.a.O., S. 379, r.Sp.

4) Ebenso Zuck, Die Verfassungsbeschwerde, Rdn. 8, N. 23.

5) a.a.O., S. 379, r.Sp.

rechtsstaatswidrig", ist unzutreffend.

Ein derartiges, keine Einschränkung duldendes Analogieverbot "in malam partem" kennt nur das materielle Strafrecht. Danach können Strafbegründung und Strafschärfung nur "lege scripta et stricta" erfolgen. Die Bildung neuer Tatbestände im Bereich des materiellen Strafrechts durch analoge Ausdehnung bestehender Strafdrohungen zum Nachteil des Angeklagten ist - wie sich aus Art. 103 II GG und § 2 I StGB ergibt - schlechthin ausgeschlossen²⁾. Aber selbst dieses Analogieverbot ist auf das materielle Strafrecht begrenzt. Nach einhelliger Ansicht ist es im Bereich des Strafprozeßrechtes nicht generell ausgeschlossen³⁾. Diese Feststellung gilt für das Verfassungsprozeßrecht um so mehr, da der Gesetzgeber bei der Schaffung des BVerfGG in weiten Bereichen nur die Grundzüge seiner einzelnen Verfahren festgeschrieben und die notwendige Einzelregelung dem BVerfG und seiner Spruchpraxis überlassen hat.

Im folgenden wird noch zu untersuchen sein, ob das BVerfG bei der weiteren Ausgestaltung des Verfahrens jeweils richtig vorgegangen ist und die Grenzen der ihm an die Hand gegebenen Verfahrensautonomie beachtet hat. Davon unabhängig steht aber fest, daß das BVerfG dem Grunde nach berechtigt ist, einen Verfahrensgrundsatz zu entwickeln und diesem die Bezeichnung seiner Wahl zu geben.

d) Zusammenfassung

Das BVerfG und der ihm zustimmende Teil der Lehre gebrauchen den Begriff der Subsidiarität zu Recht im VB-Verfahren. Unzutreffend ist der Schluß, das BVerfG gebe mit der Wahl dieser Bezeichnung zu verstehen, es habe fälschlicherweise angenommen, das Subsidiaritätsprinzip im Sinne einer materiellen Wertstufung könne für die Lösung prozeßrechtlicher Fragen herangezogen werden.

1) a.a.O., S. 378, r.Sp.

2) Vgl. Baumann, AT, § 13 II 3 u. § 13 III; Maurach / Zipf, AT, Teilbd. 1, § 10 II B 3 a.

3) Vgl. Baumann u. Maurach / Zipf, jeweils a.a.O.

Der Begriff der Subsidiarität wird auch in vollem Umfange dem besonderen Charakter der VB gerecht, die unbestritten nur das letzte Refugium des um seine Grundrechte kämpfenden Bürgers sein soll. Es sollte deshalb der Versuch unterlassen werden, nach einer anderen Bezeichnung zu suchen. Denn der Name "Subsidiarität" hat sich im Verfassungsprozeßrecht so sehr eingebürgert, daß an ihm festgehalten werden sollte, zumal die Gefahr bestünde, daß eine markante Bezeichnung durch eine farblose technische Beschreibung ersetzt würde.

VI. Die rechtliche Natur des Grundsatzes der Subsidiarität

a) Die unterschiedlichen Rechtsgrundsätze und der Standort des Grundsatzes der Subsidiarität

Der Terminus "Grundsatz" erfaßt in der Rechtswissenschaft verschiedenartige Erscheinungsbilder¹⁾. Diese sind bei dem Versuch, die Subsidiarität des Verfassungsprozeßrechts einzuordnen, kurz aufzuzeigen, da auch Prozeßgrundsätze unterschiedlichen Grundsatzarten angehören können.

aa) Grundsätze als fundamentale Rechtsnormen

Es gibt Grundsätze in einem ganz allgemeinen Sinn. Dies sind fundamentale Rechtsnormen, die sich aus der Anwendung des Prinzips der Gerechtigkeit auf deutliche Interessenlagen allgemeiner Art ergeben²⁾. Wegen ihrer allgemeinen Aussage können sie mit objektiver Erkenntnisgewißheit aus dem Rechtsprinzip abgeleitet werden. Sie können daher nicht angezweifelt werden. Es versteht sich von selbst, daß der Grundsatz der Subsidiarität der VB nicht hierzu gezählt werden kann.

bb) Grundsätze als verfassungsgestaltende Grundentscheidungen

Eine konkrete Form des Grundsatzes stellen die verfassungsgestaltenden Grundentscheidungen dar. Sie sind Ausdruck der je-

1) Schleifenbaum, Diss. S. 60.

2) Engelmann, Diss. S. 21, N. 22.

weiligen Welt- und Lebensanschauungen und des politischen Gestaltungswillens. Sie sind dementsprechend im Gegensatz zu den fundamentalen Rechtsnormen¹⁾ nicht zeitlich konstant²⁾. Diese verfassungsgestaltenden Grundentscheidungen durchdringen das unterverfassungsrechtliche Normensystem. Dort finden sie ihre Entsprechung in Einzelregelungen, die sich wiederum zu Grundsätzen verdichten können³⁾. Zum Teil gehören sie als Grundrechte oder sonstige Normen dem Verfassungsrecht an⁴⁾. Stellvertretend seien hier die verfahrensrechtlichen Ausgestaltungen zu Art. 103 GG genannt.

Wie bereits ausgeführt⁵⁾, ist die Subsidiarität im VB-Verfahren kein Ausfluß eines Subsidiaritätsprinzips im materiellen Sinne, wobei dahingestellt blieb, ob es sich bei letzterem überhaupt um einen verfassungsrechtlichen Grundsatz handelt. Denn das Subsidiaritätsprinzip im Sinne einer materiellen Wertstufung will die Daseinsentfaltung unterer Verbände oder des Individuums gegenüber dem Staat sichern. Dagegen stellt das Erfordernis der vorgängigen Erschöpfung des Rechtsweges gem. § 90 II 1 BVerfGG eine rechtstechnische prozessuale Regelung dar. Es soll das Verhältnis instantieller Zuständigkeiten, nicht aber das von Individuen oder Gemeinschaften geregelt werden. Getreu der Unterscheidung zwischen materiellem Recht als Verfassungsrecht und formellem Recht als Verfassungsprozeßrecht⁶⁾ gehört die Subsidiarität im Verfahren der VB zum formellen Recht, das Subsidiaritätsprinzip im Sinne einer Wertstufung, welches die Daseinsentfaltung des Individuums gegenüber dem Staat sichern will, zum materiellen Recht. Denn eine Norm entstammt dem Prozeßrecht und somit dem formellen Recht, wenn sie ein Verhalten in einem Verfahren von und vor Rechtspflegeorganen regelt, das auf ein

1) Vgl. oben unter aa.

2) Wolff / Bachof, Verwaltungsrecht, I, § 25 II b.

3) Engelmann, Diss. S. 22.

4) Vgl. Schumann, in: Evangelisches Staatslexikon, Sp. 1943.

5) Vgl. oben erster Teil, II a.

6) Diese Trennung wird heute nahezu einhellig durchgeführt, vgl. Minnerop, Rechtsschutz, S. 11 ff., m.w.N., u. Arens, AcP 173 (1973), S. 250 f., m.w.N.

bestimmtes Rechtspflegziel ausgerichtet ist. Dem materiellen Recht würde die Subsidiarität der VB dann angehören, wenn sie ein Verhalten in einem Lebensbereich regeln würde, in dem sich Rechtssubjekte ohne Vermittlung eines zu einem Rechtspflegeakt angerufenen Rechtspflegeorgans unmittelbar begegnen¹⁾.

Daß das Erfordernis der vorgängigen Erschöpfung des Rechtsweges als unterverfassungsrechtliche Regelung nicht mit einer verfassungsrechtlichen Grundentscheidung gleichzusetzen ist, wird schon durch die redaktionelle Fassung des Art. 94 II 2 GG deutlich. Denn dort heißt es, daß ein Bundesgesetz die vorherige Erschöpfung des Rechtsweges für VBEn zur Voraussetzung machen "kann". Soweit es sich aber dabei um die untergesetzliche Entsprechung eines bestehenden Verfassungsprinzips handeln würde, wäre es nicht möglich gewesen, die Entscheidung, ob es zu befolgen sei, in das Belieben des einfachen Gesetzgebers zu stellen.

cc) Allgemeine Prozeßgrundsätze

Die Allgemeinen Prozeßgrundsätze²⁾ entfalten ihre Wirkung nicht lediglich innerhalb einer bestimmten Verfahrensordnung, sondern ihre Geltung erstreckt sich auf mehrere, wenn nicht sogar alle Prozeßordnungen³⁾. Als kleinster gemeinsamer Nenner wird zu fordern sein, daß sich ihre Existenz zumindest aus zwei unterschiedlichen Verfahrensordnungen herleiten läßt⁴⁾. Insoweit ergibt sich eine Parallele zum "Allgemeinen Prozeßrecht", unter dem die Menge sämtlicher übereinstimmender Normen jeweils wenigstens zweier gegebener Prozeßordnungen verstanden wird⁵⁾.

Um einen derartigen "Allgemeinen Prozeßgrundsatz" kann es sich bei der Subsidiarität im VB-Verfahren nicht handeln.

1) So die Definition von Henckel, Prozeßrecht und materielles Recht, S. 21.

2) Die Begriffe "Prozeßgrundsatz" und "Prozeßmaxime" werden im wesentlichen synonym verwendet; vgl. Schumann, in: Evangelisches Staatslexikon, Sp. 1942 f.; teilweise werden aber auch nur die wichtigsten Verfahrensgrundsätze als Maximen bezeichnet; vgl. Stein / Jonas, ZPO, v. § 128 Anm. II.

3) Engelmann, Diss. S. 59 ff.; Zöller, ZPO, § 128, Vorbem. A.

4) Zöller, a.a.O.

5) Vgl. Rödiger, Theorie des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens, S. 1.

da sich die VB durch ihren grundsätzlich subsidiären Charakter von jedem anderen - grundsätzlich nicht an eine Erschöpfung des Rechtsweges gebundenen - Rechtsmittel unterscheidet¹⁾.

dd) Prozeßgrundsätze

Vielfach werden durch Rechtsprechung und Lehre aus mehreren Detailregelungen einer Teilrechtsordnung Grundsätze entwickelt. Es handelt sich dabei um einen Grundgedanken, der sich in mehreren Einzelregelungen äußert und über diese hinausgehend zu einem Grundsatz verdichtet hat²⁾. Diese Prozeßgrundsätze werden zum Teil auch als "allgemeine Verfahrensgrundsätze" bezeichnet³⁾, da sie sowohl aus den allgemeinen als auch den besonderen Bestimmungen einer Verfahrensordnung abgeleitet werden können und trotz Verschiedenartigkeit der möglichen Streitigkeiten für alle Verfahren innerhalb einer Verfahrensordnung gleichheitlich gelten⁴⁾. Dazu zählen im Verfassungsprozeßrecht z.B. die Grundsätze der Mündlichkeit, Öffentlichkeit, die Dispositions- und die Officialmaxime⁵⁾. Ergänzend sei noch angeführt, daß diese aus einer Teilrechtsordnung entwickelten Prozeßgrundsätze vielfach auch Gültigkeit in anderen Verfahrensordnungen haben und sich somit zu "Allgemeinen Prozeßgrundsätzen" zusammenfinden können⁶⁾.

Der Grundsatz der Subsidiarität der VB bildet keinen "allgemeinen Verfahrensgrundsatz", der sowohl aus den allgemeinen als auch den besonderen Bestimmungen des gesamten Verfassungsprozeßrechts abgeleitet werden und für alle Verfahren dieser Teilrechtsordnung gleichheitlich gelten könnte. Denn den übrigen Verfahren der Verfassungsgerichtsbarkeit ist - sieht man einmal von

-
- 1) Schmidt-Bleibtreu, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu u.a., BVerfGG, Rdn. 188 zu § 90.
 - 2) Engelmann, Diss. S. 22.
 - 3) Nicht zu verwechseln mit den "Allgemeinen Prozeßgrundsätzen"; vgl. oben unter cc.
 - 4) Lechner, BVerfGG, v. § 14, Anm. B I; Klein, in: Maunz / Schmidt-Bleibtreu u.a., BVerfGG, Rdn. 6 v. § 17.
 - 5) Vgl. im übrigen die Darstellungen bei Lechner u. Maunz / Schmidt-Bleibtreu u.a., vorherige N.
 - 6) Die "Allgemeinen Prozeßgrundsätze" müssen sich allerdings nicht wiederum aus Grundsätzen zusammensetzen, die in den jeweiligen Teilrechtsordnungen gelten, sondern ihre Geltung läßt sich auch anhand von Einzelregelungen nachweisen.

der im übrigen völlig unterschiedlichen Regelung der Rechtssatz-VB der Gemeinden gem. § 91 BVerfGG ab - der Wesenzug der Subsidiarität fremd¹⁾.

cc) Neben diesen allgemeinen, für sämtliche Verfahren einer Gerichtsbarkeit bzw. für mehrere Gerichtsverfahren geltenden Grundsätzen gibt es auch solche, die von Rechtsprechung und Lehre nur für einen Teilbereich einer Verfahrensordnung entwickelt wurden.

Derartige besondere Prozeßgrundsätze²⁾ stehen zu den allgemeinen Verfahrensgrundsätzen in einem Verhältnis wie etwa die allgemeinen zu den besonderen Prozeßvoraussetzungen³⁾. Diese kommen neben den allen Verfahrensarten gemeinsamen Prozeßvoraussetzungen lediglich noch bei besonderen Verfahrensarten hinzu⁴⁾. Hierher gehört z.B. das rechtliche Interesse an alsbaldiger Feststellung nach § 256 ZPO⁵⁾.

Auch das Erfordernis der vorgängigen Erschöpfung des Rechtsweges gem. § 90 II 1 BVerfGG ist - isoliert betrachtet - eine besondere Prozeßvoraussetzung. Denn der Gesetzgeber hat diese Regelung speziell für das VB-Verfahren geschaffen⁶⁾.

- 1) Schmidt-Bleibtreu, in: Maunz / Schmidt-Bleibtreu u.a., BVerfGG, Rdn. 188 zu § 90.
- 2) Hagen, Allgemeine Verfahrenslehre, S. 82, spricht in diesem Zusammenhang von einem Prozeßinstitut.
- 3) Vgl. zu den besonderen Prozeßvoraussetzungen Grunsky, Grundlagen des Verfahrensrechts, § 35 I u. II; Rosenberg / Schwab, Zivilprozeßrecht, § 97 II u. III; Baumbach / Lauterbach / Hartmann, ZPO, Grundz. § 253, 3 G.
- 4) Rosenberg / Schwab u. Grunsky, jeweils a.a.O.
- 5) Thomas / Putzo, ZPO, Anm. 5 zu § 256.
- 6) Schmidt-Bleibtreu, in: Maunz / Schmidt-Bleibtreu u.a., BVerfGG, Rdn. 181 zu § 90; Lechner, BVerfGG, § 25 Anm. B 3 h, a.E., bezeichnet das Erfordernis der vorgängigen Erschöpfung des Rechtsweges vor VBen gegen Verwaltungsakte und gerichtliche Urteile gem. § 90 II 1 BVerfGG ausdrücklich als besondere Prozeßvoraussetzung. Dagegen Stephan, Rechtsschutzbedürfnis, S. 108, N. 458, der diese Bezeichnung nur dann für zutreffend halten würde, wenn der Gesetzgeber eine verfassungsgerichtliche Generalklausel geschaffen hätte. Dies bejaht aber R. Schneider, ZZP Bd. 79 (1966), S. 21 ausdrücklich.
Unabhängig von der Frage, ob es eine verfassungsgerichtliche Generalklausel gibt, hat die Bezeichnung "besondere Prozeßvoraussetzung" durchaus ihre Berechtigung zur Klarstellung, daß diese Regelung nur für das VB-Verfahren und nicht sämtliche verfassungsgerichtliche Rechtsschutzmöglichkeiten gilt.

Auf der Ebene der besonderen Prozeßvoraussetzung ist auch der Grundsatz der Subsidiarität der VB als besonderer Prozeßgrundsatz angesiedelt. Denn sein Sinngehalt ist weiter als der Wortlaut des § 90 II 1 BVerfGG, ohne daß sich seine Bedeutung allerdings auf andere als das VB-Verfahren erstrecken würde¹⁾.

b) Die konkrete prozessuale Bedeutung des Grundsatzes der Subsidiarität

Verfahrensgrundsätze wurden zunächst nur für den gemeinen Zivilprozeß durch Nikolaus Thaddäus v. Gönner (1764 - 1827) postuliert, der die Begriffspaare Verhandlungs- und Untersuchungsmaxime herausstellte²⁾.

Die "Entdeckung" von Verfahrensmaximen übte aber nicht nur auf den Zivilprozeß, sondern auf die gesamte Prozeßrechtswissenschaft einen maßgeblichen Einfluß aus³⁾. Allerdings ist die Bedeutung der Verfahrensgrundsätze zur Beantwortung konkreter Einzelfragen nicht unbestritten geblieben⁴⁾.

Zum Teil wird befürchtet, durch die Verwendung von Verfahrensgrundsätzen erfolge ein Rückfall in die Begriffsjurisprudenz des 19. Jahrhunderts. Es werde alsdann aus den Grundsätzen die Lösung von Einzelproblemen deduziert, ohne daß ein weiteres Erforschen und Bewerten der Wirklichkeit erfolgt⁵⁾. So ausdrücklich F.v. Hippel⁶⁾, der eine Verwendung von Verfahrensgrundsätzen deshalb für ungeeignet hält, weil die Zusammenarbeit zwischen Richter und Partei sich nicht durch Prinzipien dogmatisch festlegen lasse, sondern weithin nach der jeweils zu behandelnden

1) Vgl. oben III. c, a.E.

2) Vgl. Bomsdorf, Prozeßmaxime, S. 111, passim.

3) Vgl. Engelmann, S. 19 f., m.w.N.

4) Vgl. Rödig, Theorie des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens, S. 105 f.; F.v. Hippel, Parteien im Zivilprozeß, S. 71, N. 52 a.E., 165, 176, 183, 185; zuletzt Hagen, Elemente einer allgemeinen Prozeßlehre, S. 84 ff., unter Berufung auf F.v. Hippel, a.a.O.

5) Vgl. Henckel, Prozeßrecht und materielles Recht, S. 118 f.

6) a.a.O., S. 176.

Wirklichkeit zu richten habe. Aus ihnen lasse sich "Nichts oder Alles" ableiten¹⁾.

Dieser Vorwurf trifft auf die Praxis des BVerfG schon deshalb nicht zu, weil dieses den Subsidiaritätsgrundsatz gerade nicht starr festgelegt hat und kompromißlos angewendet sehen will. Mehrmals hat es selbst darauf hingewiesen, daß die Antwort auf eine spezielle Frage dem besonderen Charakter des VB-Verfahrens nur unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles entnommen werden könne²⁾.

Rödig³⁾ weist darauf hin, daß es erforderlich sei, die Prozeßmaximen zu begrenzen, damit sie sich nicht gegenseitig widersprechen und mit dem positiven Recht in Konflikt gerieten. Aus naheliegenden Gründen erfolge diese Begrenzung anhand des positiven Rechtes. Wende man aber die dergestalt begrenzten prozessualen Maximen umgekehrt wiederum als Mittel zur "Auslegung positivrechtlicher Vorschriften" an, so ergebe sich unweigerlich ein logischer Zirkel, indem man in das positive Recht keinen anderen, als den zuvor aus ihm herausdestillierten Inhalt hineindestilliere. Rödig übersieht bei dieser Argumentation, daß mit Hilfe von Prozeßgrundsätzen nicht positivrechtliche Vorschriften "ausgelegt" werden. Vielmehr dienen sie als Wertmaßstab für die Ermittlungen von Gesetzeslücken⁴⁾. Die positivierten Normen begrenzen dann die Lückenfeststellung und -ausfüllung, ggf. in einer durch Auslegung ermittelten Bedeutung, soweit ihnen ein abschließender Charakter zukommt. Denn es ergibt sich aus der Natur der Lückenausfüllung, daß diese nur zwischen den positivierten Grenzen möglich ist⁵⁾.

1) F.v. Hippel, a.a.O., S. 71, N. 52, a.E.

2) Vgl. BVerfGE Bd. 33, 247 ff., 258; 38, 26 ff., 29.

3) a.a.O., S. 106.

4) Canaris, Feststellung von Gesetzeslücken, § 84 (S. 93 f.).

5) Das Gericht kann das Verfahren innerhalb der gesetzlichen Vorschriften frei gestalten, es kann aber nicht das zugelassene Verfahren über das Gesetz hinaus gegenständlich erweitern; vgl. Klein, in: Maunz / Schmidt-Bleibtreu u.a., BVerfGG, Rdn. 2 u. 3 v. § 17; BVerfGE Bd. 1, 396 ff., 408; 4, 31 ff., 37.

Den Verfahrensgrundsätzen kommt deshalb die gleiche Bedeutung zu, wie den Grundprinzipien des materiellen Rechtes. Henckel¹⁾ weist zutreffend darauf hin, daß niemand die Begriffe "Privatautonomie" oder "Vertragsfreiheit" aus dem materiellen Zivilrecht verbannen wolle, nur weil aus ihnen keine Lösung für den konkreten Einzelfall deduziert werden könne oder weil sie zahlreichen Einschränkungen unterlägen.

Zwar ist zuzugeben, daß die Prozeßrechtswissenschaft teilweise der Gefahr erlegen ist, Begriffe überbewertet zu haben. Aus diesem Grunde kann aber nicht in den gegenteiligen Fehler verfallen werden, darauf zu verzichten, allgemeine Maßstäbe aus dem Gesetz zu entnehmen. Es bestünde sonst die Gefahr, daß jeder Rechtsanwendende sich bei der Bewertung der im Gesetz nicht geregelten Fälle von eigenen Vorstellungen leiten ließe, was zu gänzlich unterschiedlichen Beurteilungen führen könnte²⁾.

Allerdings besteht eine vollständige Klarheit über das Wesen und Gewicht der Verfahrensgrundsätze nicht. Ihre Bedeutung läßt sich jedoch mit hinreichender Bestimmtheit negativ eingrenzen. Es ist sicher, daß ihnen nicht die rechtliche Qualität positiver Rechtssätze zukommt. Sie sind keine Axiome. Sie sind nicht zu handhaben wie Einzelnormen, unter die unmittelbar subsumiert werden kann³⁾. Sie sind lediglich Richtungsbegriffe⁴⁾, zu deren Wesen es gerade zu gehören scheint, daß sie in ihrer Breite eine gewisse Toleranz aufweisen. Es handelt sich bei den Verfahrensgrundsätzen deshalb nicht um "allmächtige Zaubermittel"⁵⁾. Dennoch bieten sie dem Richter eine unentbehrliche

1) a.a.O., S. 119.

2) Grunsky, a.a.O., S. 15 f.

3) Brüggemann, *Judex statutor und judex investigator*, S. 101; Canaris, a.a.O., § 152 (S. 161); Engelmann, *Diss.* S. 148; Grunsky, a.a.O., S. 16; Haferkamp, *Diss.* S. 116 ff.; Larenz, *Methodenlehre*, S. 461; jeweils m.w.N.

4) So Brüggemann, a.a.O., S. 102.

5) Grunsky, S. 16.

Hilfe zur Lösung von Fragen, auf die das Gesetz keine Antwort gibt. Verfahrensgrundsätze können in dem von Menger¹⁾ gebrauchten Bilde sehr plastisch als "Material im Arsenal des Gesetzgebers" bezeichnet werden, "auf das er bei der Ausgestaltung der einzelnen Verfahrensordnungen zurückgreift, Tendenzen, die in den jeweiligen Prozeßgesetzen vorherrschen". Aus diesem Grunde kommt ihnen auch nur insoweit Normcharakter zu, als sie durch den Gesetzgeber ausdrücklich im BVerfGG positiviert wurden²⁾.

Das BVerfGG ist auch nicht kraft seiner Verfahrens- und Geschäftsordnungsautonomie befähigt, abweichend von den vorstehenden Ausführungen, Verfahrensgrundsätze im Range von Rechtsnormen zu entwickeln.

Bereits an anderer Stelle³⁾ wurde mit Verfahrensautonomie die Befugnis und die Pflicht des BVerfGG bezeichnet, das Verfahren der VB soweit innerhalb der durch den Gesetzgeber vorgegebenen Schranken selbst zu entwickeln, als dies erforderlich ist. Dieser dem BVerfGG durch den Gesetzgeber bewußt eingeräumten Verfahrensautonomie kommt aber nicht der Charakter einer Ermächtigungsgrundlage zum Erlass von Normen zu, da Verfahrensgestaltungen nicht durch den abschließenden Regelungsbereich des § 31 BVerfGG erfaßt werden.

Auch der Geschäftsordnungsautonomie, die dem BVerfGG die Befugnis zu allgemeinverbindlichen Regelungen gibt, kommt für die Gestaltung des Verfassungsprozeßrechts keine Bedeutung zu. Denn nach einhelliger Ansicht erstreckt sich der Regelungsumfang der Geschäftsordnungen nur auf den internen Bereich des Gerichtes. Dies bedeutet, daß die Regelungen, die das Verfahren des BVerfGG nach außen, d.h. seine Prozeßtätigkeit betreffen, nicht mehr zur Geschäftsmaterie gezählt werden können⁴⁾.

1) In: Staatsbürger und Staatsgewalt, Bd. 2, S. 433.

2) Canaris, a.a.O., § 153 (S. 161); Engelmann, Diss. S. 148; Larenz, Methodenlehre, S. 471.

3) Vgl. oben S. 19 f.

4) Vgl. Engelmann, Diss. S. 108 f.

c) Zusammenfassung

Der Grundsatz der Subsidiarität der VB kann nicht als direkt anwendbare Regel zur Lösung eines Einzelfalles herangezogen werden, unter die der jeweilige Lebenssachverhalt nur noch subsumiert werden müßte. Ihm kommt nur in den Teilbereichen Normcharakter zu, die gesetzlich ausdrücklich positiviert wurden. Als Richtungsgriff zur Lösung von Fragen, auf die der Gesetzgeber keine unmittelbare Antwort gibt, ist er jedoch von großer Bedeutung. Sein Regelungsbereich ist begrenzt durch die positivierten Grenzen, die es im folgenden zu ermitteln gilt.

Dritter Teil: Der Einfluß des Grundsatzes der Subsidiarität auf die unterschiedlichen Arten der VB nach § 90 BVerfGG

Mit dem Nachweis der Existenz eines Grundsatzes der Subsidiarität im VB-Verfahren ist nur der erste Schritt der Untersuchung gemacht. Ohne sachlichen Bezug ist seine Bedeutung gering, denn als Verfahrensgrundsatz stellt er lediglich eine Hilfe bei der Lösung offener Fragen dar, ohne daß unter ihn direkt subsumiert werden könnte.

Im folgenden sollen deshalb die Bereiche näher untersucht werden, in denen der hier so bezeichnete Grundsatz der Subsidiarität relevant wird. Insbesondere soll versucht werden, mit seiner Hilfe einige offene Fragen zu beantworten, die sich aus der Unklarheit ergeben, ob das BVerfG "bereits jetzt" ("relative Subsidiarität"), bzw. überhaupt ("absolute Subsidiarität") befugt ist, über die jeweilige VB zu befinden.

Für die Lösung dieser sehr streitigen Fragen kommt es nicht darauf an, ob der hier vorgeschlagenen Terminologie gefolgt und zur Verdeutlichung der unterschiedlichen Ausstrahlungswirkungen eines umfassenden Grundsatzes von einer "relativen -" und einer "absoluten Subsidiarität" gesprochen wird. Denn das Wesen des hier so bezeichneten Grundsatzes der Subsidiarität der VB, das in einer weitgehenden Einschränkung der Möglichkeiten besteht, eine Sachentscheidung des BVerfG herbeizuführen, bleibt durch seine Bezeichnung unberührt.

I. Die unterschiedlichen VB-Verfahren

Das BVerfG nennt in § 90 I BVerfGG nur allgemein die Möglichkeit, VB gegen Grundrechtsverletzungen durch die öffentliche Gewalt zu erheben, ohne auf unterschiedliche Ausgestaltungen dieser VB einzugehen. Es ist jedoch ein verhängnisvoller Irrtum, von "einer VB" des § 90 BVerfGG auszugehen, die unterschiedlos für sämtliche zu entscheidenden Fälle einheitlichen Verfahrensregeln unterliegen würde. Es wurde bereits kurz angedeutet, daß für VBEn, die direkt gegen Normen gerichtet sind, die Regelung des § 90 II 1 BVerfGG jedenfalls nicht unmittelbar einschlägig ist. Denn zumindest gegen Gesetze im formellen Sinne gibt es keinen Rechtsweg, der vor Erhebung der VB durchlaufen sein könnte, wie dies bei Verwaltungsakten und nichtletztinstanzlichen Urteilen der Fall ist.

a) Das Merkmal "öffentliche Gewalt" in § 90 BVerfGG

An anderer Stelle¹⁾ wird noch näher darzustellen sein, daß der Begriff der "öffentlichen Gewalt" im Bereich des Art. 19 IV 1 GG höchst streitig ist. Hier sei nur kurz darauf hingewiesen, daß die gesetzgebende Gewalt sowohl durch das BVerfG als auch einen großen Teil der Lehre nicht zur "öffentlichen Gewalt" in Art. 19 IV 1 GG gerechnet wird. Darüberhinaus wird nach fast einheitlicher Meinung die rechtsprechende Gewalt nicht unter den Begriff der "öffentlichen Gewalt" des Art. 19 IV 1 GG subsumiert. Denn dies hätte zur Folge, daß gegen jede Gerichtsentscheidung wiederum der Rechtsweg eröffnet sein müßte. Art. 19 IV 1 GG würde einen nicht endenden Instanzenzug garantieren²⁾.

Aus der Unklarheit, die im Bereich des Art. 19 IV 1 GG über den Begriff der öffentlichen Gewalt herrscht, folgt jedoch nicht, daß dies auch für § 90 BVerfGG gilt. Denn derselbe Begriff muß nicht stets denselben Inhalt haben. Dies war bereits bei der Abhandlung des Begriffes der Subsidiarität überdeutlich geworden. Die Interpretation eines Begriffes wird vielmehr bedingt durch die Funktion, die er innerhalb der jeweiligen Norm bzw. des je-

1) Unten III. a 1.

2) Erichsen, Staats- und Verfassungsgerichtsbarkeit, I, S. 16, m.w.N. in N. 10; krit. Lorenz, Der Rechtsschutz, S. 241 f.

weiligen Normgefüges zu erfüllen hat¹⁾. Die Unklarheit über den Begriff der öffentlichen Gewalt in Art. 19 IV 1 GG hat deshalb keinerlei Bedeutung für § 90 BVerfGG, da sich nach einhelliger Ansicht aus den §§ 90, 93, 95 BVerfGG ergibt, daß mit der VB die Aufhebung von Maßnahmen aller drei Gewalten begehrt werden kann²⁾. Denn die VB soll gerade ermöglichen, alle hoheitlichen Maßnahmen auf Grundrechtsverletzungen hin nachzuprüfen³⁾.

Die nähere Unterscheidung der einzelnen VBEn, die sowohl gegen die Legislative, die Exekutive als auch die Judikative gerichtet sein können, kann entweder aus der Perspektive der Rechtswegerschöpfung oder des Angriffsgegenstandes erfolgen⁴⁾.

b) Die Einteilung der Verfahren aus dem Blickwinkel der Rechtswegerschöpfung

Die Einteilung aus dem Blickwinkel der Rechtswegerschöpfung läßt - für sich genommen - nur die Beurteilung zu, ob die letzte hoheitliche Maßnahme vor Erhebung der VB ein Urteil des gerichtlichen Instanzenzuges, ein Verwaltungsakt oder eine Norm war. Diese Erscheinungsformen der VB können in Urteils-VB, unmittelbare Verwaltungsakt-VB und unmittelbare Rechtssatz-VB unterschieden werden. Angriffsziel der beiden letztgenannten VBEn ist unmittelbar der Rechtssatz oder der Verwaltungsakt, ohne daß vor Erhebung der VB über die Grundrechtsmäßigkeit bereits durch gerichtliche Entscheidung befunden worden wäre.

1) Vgl. Erichsen, a.a.O., S. 18.

2) Die durch den Bundesrat in Abweichung zum Regierungsentwurf getroffene Empfehlung, lediglich eine "Grundrechtsklage" zum Schutz gegen Grundrechtsverletzungen durch Akte der gesetzgebenden Gewalt einzuführen, da eine VB gegen Maßnahmen der übrigen Gewalten im Hinblick auf den fast lückenlosen Ausbau der Verwaltungsggerichtsbarkeit und die Rechtsweggarantie des Art. 19 IV GG für überflüssig gehalten wurde (vgl. Prot. über die 16. Sitz. des Bundesrates v. 17.3.1950, S. 269 ff.; Änderungsvorschlag Bundesrat zu § 84 BVerfGG, BR-Drucks. N. 189/50), konnte sich nicht durchsetzen (vgl. Schmidt-Bleibtreu, in: Maunz / Schmidt-Bleibtreu u.a., BVerfGG, Rdn. 8 zu § 90 (S. 128)).

3) Statt aller Schmidt-Bleibtreu, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu u.a., BVerfGG, a.a.O., m.w.N.

4) Im folgenden wird bei der Abgrenzung und Begriffswahl auf Schumann, Verfassungs- und Menschenrechtsbeschwerde, § 32 (S. 118 ff.) Bezug genommen.

Mit der Betrachtung von der Erschöpfung des Rechtsweges aus werden jedoch die Besonderheiten im Bereich der Urteils-VBen nicht erfaßt. Denn die bisher beim BVerfG eingelegten VBen wurden in ihrer Mehrzahl erst erhoben, nachdem bereits ein vorgängiger Rechtsweg durchlaufen war, unabhängig von der Tatsache, ob die ursprüngliche Grundrechtsverletzung in einer Norm, einem Verwaltungsakt oder einem - letztinstanzlichen Urteil gesehen wurde¹⁾. Vielfach hat das letztinstanzliche Urteil die bereits zuvor begründete Grundrechtsverletzung aus der Sicht des BF lediglich perpetuiert.

Das rein zahlenmäßige Übergewicht der VBen nach Durchlaufen des Rechtsweges ergibt sich auch aus den vorhandenen statistischen Werten. Von den 536 Hauptentscheidungen der ersten 40 Bände der amtlichen Sammlung des BVerfG waren 269 VBen erfolgreich. Von diesen 269 ausgewerteten begründeten VBen richteten sich nur 2 unmittelbar gegen einen Verwaltungsakt. Mit zwei weiteren VBen wendeten sich die BF zwar auch unmittelbar gegen einen Verwaltungsakt, eigentliches Angriffsziel war jedoch die ihm zugrundeliegende Ermächtigungsnorm. Mit 40 weiteren VBen wurde unmittelbar eine Norm beanstandet. Durch die restlichen 225 Sprüche des BVerfG wurden Entscheidungen von Instanzgerichten aufgehoben. Von diesen Urteils-VBen richteten sich 36 mittelbar gegen eine Norm, nachdem zunächst gegen den diese vollziehenden Akte der Rechtsweg bemüht worden war. 189 VBen waren ausschließlich gegen eine gerichtliche Entscheidung bzw. im Falle des zunächst beschrittenen Verwaltungsrechtsweges gegen den durch das Urteil bestätigten Verwaltungsakt gerichtet²⁾.

Die aus der Statistik ersichtliche geringe Zahl der erfolgreichen unmittelbaren Verwaltungsakt-VBen ergibt sich daraus, daß sie wegen der Ausnahmegesetze des § 90 II 2 BVerfGG nur in besonderen Fällen sofort durch das BVerfG angenommen werden. Denn grund-

1) Immerhin befaßten sich 75 % aller Senatsentscheidungen des BVerfG bis 1970 mit Urteils-VBen; Steinwedel, a.a.O., S. 18, N. 6.

2) Vgl. hierzu im einzelnen die Übersichten bei Leibholz / Rupprecht, BVerfGG, S. 463 ff. und Nachtrag, S. 119 ff.; Peters, MDR 1976, S. 477 ff.; 551.

sätzlich ist gem. § 90 II 1 BVerfGG zunächst der vorgängige Rechtsweg zu erschöpfen.

Aber auch die mit der unmittelbaren Verwaltungsakt-VB korrespondierende Möglichkeit, eine unmittelbare Rechtssatz-VB zu erheben, wurde durch die ständige Rechtsprechung des BVerfG weitgehend begrenzt. Denn danach ist die Zulässigkeit einer unmittelbar gegen die Norm gerichteten VB davon abhängig, daß der BF durch sie "selbst, gegenwärtig und unmittelbar betroffen" ist¹⁾. Der BF ist deshalb zur Vermeidung einer Abweisung seiner unmittelbaren Rechtssatz-VB gut beraten, vorab im Instanzenwege die Aufhebung eines die Norm vollziehenden Aktes zu betreiben.

Es ergibt sich somit, daß längst nicht alle VBen, die nach Erschöpfung des vorgängigen Rechtsweges eingelegt werden, immer und ausschließlich gegen das den Instanzenzug abschließende Urteil gerichtet sind. Bestenfalls wird im verfassungsgerichtlichen Verfahren von dem Tatsachen- und Streitstoff ausgegangen, der sich in der letztinstanzlichen Entscheidung herausgebildet hat. Denn auch wenn der BF ursprünglich in einem nichtletztinstanzlichen Urteil, einem Verwaltungsakt oder einer Norm, die unter die Verwerfungskompetenz der Instanzgerichte fällt, die Grundrechtsverletzung erblickt hat, so besteht doch die Möglichkeit, daß die Beschwer durch die letztinstanzliche Entscheidung verstärkt oder vermindert wurde. So kann z. B. der Verwaltungsakt durch Nachschieben von Gründen oder gerichtliche Änderungen gem. § 113 II VwGO im Instanzenzug bei der späteren Überprüfung durch das BVerfG eine andere verfassungsgerichtliche Beurteilung erfordern, als der ursprünglich durch die Behörde erlassene Einzelakt²⁾. Dasselbe gilt sinngemäß für die Anfechtung eines nicht - letztinstanzlichen Urteiles, mit welchem sich der BF zum ersten Male beschwert fühlt.

1) Immerhin befaßten sich 75 % aller Senatsentscheidungen des BVerfG bis 1970 mit Urteils-VBen; Steinwedel, a.a.O., S. 18, N. 6.

2) Vgl. hierzu im einzelnen die Übersichten bei Leibholz / Rupprecht, BVerfGG, S. 463 ff. und Nachtrag, S. 119 ff.; Peters, MDR 1976, S. 477 ff., 551.

c) Die Einteilung vom Angriffsgegenstand her

Der Begriff des Angriffsgegenstandes wird für die hier vorzunehmende Einteilung in untechnischem Sinne gebraucht. Es soll an dieser Stelle nicht entschieden werden, ob sich die VB gegen sämtliche staatlichen Hoheitsakte in der betreffenden Sache oder nur gegen den ursprünglichen Staatsakt oder die letztinstanzliche Entscheidung richtet¹⁾. Mit Angriffsgegenstand soll vorliegend die erste staatliche Maßnahme gemeint sein, durch die sich der BF in seinen Grundrechten verletzt fühlt und gegen die er sich entweder durch Anrufung der Instanzgerichte oder unmittelbare Erhebung der VB zur Wehr setzt. Diese erste Grundrechtsverletzung kann dann entweder in dem Erlaß einer grundrechtsverletzenden Norm oder in einer grundrechtsverletzenden Auslegung und Anwendung eines an und für sich gültigen Rechtssatzes durch die Verwaltungsbehörden oder das Gericht begründet sein. Aus der Sicht des Angriffsgegenstandes erblickt man somit neben der unmittelbaren die mittelbare - oder verdeckte Rechtssatz-VB²⁾. Mit der verdeckten Rechtssatz-VB richtet sich der BF gegen eine Norm nach ihrer Anwendung im Einzelfall. Diese Norm kann nun wiederum durch unterschiedliche Einzelakte verwirklicht werden. Die verdeckte Rechtssatz-VB stellt sich somit bald als Urteils-VB, bald als unmittelbare Verwaltungsakt-VB, bald als mittelbare Verwaltungsakt-VB dar³⁾. Auf die Überprüfung der Grundrechtmäßigkeit der Norm selbst, die den verschiedenen Einzelakten zugrunde liegt, hat dies keinen Einfluß, da sie in jedem Falle dieselbe ist.

-
- 1) Vgl. zu dem Meinungsstand Schumann, Verfassungs- und Menschenrechtsbeschwerde, S. 257 ff.
 - 2) Schumann, a.a.O., S. 120 geht fälschlich davon aus, die verdeckte Rechtssatz-VB sei weit häufiger als die unmittelbare, weil der BF selbst wenn er nur einen Rechtssatz angreifen wolle, in der Regel erst den Rechtsweg erschöpfen müsse. Diese Schlußfolgerung wird jedoch durch die Statistik der ersten 40 Bände der amtlichen Sammlung des BVerfG widerlegt. Danach waren 40 VBen unmittelbar gegen eine Norm gerichtet. Dahingegen waren lediglich 36 verdeckte Rechtssatz-VBen zu verzeichnen (vgl. Peters, MDR 1976, S. 451, 1.Sp.). Gültigkeit hat die Aussage Schumanns aber auf jeden Fall, wenn sie auf die mittelbare Verwaltungsakt-VB übertragen wird.
 - 3) Vgl. hierzu Schumann, a.a.O., S. 120, N. 2 bis N. 4, m.w.N.

Von der unmittelbaren und verdeckten Rechtssatz-VB, mit der die Grundrechtswidrigkeit einer Norm gerügt wird, unterscheiden sich die VBen, die sich gegen die grundrechtswidrige Auslegung eines gültigen Rechtssatzes wenden. Diese VBen werden als Interpretations-VBen bezeichnet, unabhängig davon, ob die erste grundrechtswidrige hoheitliche Maßnahme durch ein Urteil oder einen Verwaltungsakt begründet war. Allen Interpretations-VBen ist gemein, daß sie immer gegen einen Einzelakt rechtsanwendender Art gerichtet sind. Sie können entsprechend der bei der verdeckten Rechtssatz-VB aufgezeichneten Untergruppierung bald als mittelbare oder unmittelbare Urteils-VB, bald als unmittelbare oder mittelbare Verwaltungsakt-VB auftreten¹⁾.

Entsprechend dem Angriffsziel ist somit zwischen Rechtssatz-VB und Interpretations-VB zu unterscheiden. Die Rechtssatz-VB gliedert sich in die unmittelbare und mittelbare bzw. verdeckte Rechtssatz-VB. Die Interpretations-VB beinhaltet die unmittelbare und mittelbare Urteils- sowie die unmittelbare und mittelbare Verwaltungsakt-VB.

II. Die Interpretations-VB und der Grundsatz der Subsidiarität

Die relative Subsidiarität der VB ist durch den Gesetzgeber in § 90 II 1 BVerfGG angesprochen worden. Dieser gesetzliche Tatbestand ist die deutlichste Kodifizierung des umfassenden Grundsatzes der Subsidiarität der VB, dessen Bedeutung sich jedoch nicht in dieser Vorschrift erschöpft²⁾. Danach kann die VB erst nach Erschöpfung des Rechtsweges eingelegt werden, sofern gegen die beanstandete Verletzung der Rechtsweg überhaupt zulässig ist. Rechtsweg ist der Weg gerichtlicher Nachprüfung und zwar sowohl im Verhältnis zu Verwaltungsakten, als auch im Sinne der Anrufung von Rechtsmittelinstanzen gegen gerichtliche Ent-

1) Vgl. hierzu Schumann, a.a.O., m.w.N.

2) Ausführlich dazu, Zweiter Teil, III.

scheidungen¹⁾. Nicht gibt es einen Rechtsweg im Sinne dieser Definition gegen generelle Normen. Die in § 90 II 1 BVerfGG positivierte relative Subsidiarität bezieht sich demnach unmittelbar nur auf hoheitliche Verletzungen durch Verwaltungsakte und Urteile. Soweit gegen generelle Normen Rechtsbehelfe vorgesehen sind, sind diese selbst verfassungsrechtlicher Natur und treten dann an die Stelle der VB²⁾.

a) Die Ansicht des BVerfG

Die offene tatbestandliche Fassung des § 90 II 1 BVerfGG hat immer wieder zu Zweifelsfragen über seine nähere Konkretisierung geführt. Unklarheiten auf diesem Gebiet konnten für den BF oft fatale Folgen haben. Denn wenn der BF die VB erhob, weil er meinte, nunmehr den Rechtsweg erschöpft zu haben, das BVerfG diese VB aber zurückwies, weil es einen anderen rechtlichen Standpunkt vertrat, so konnte der nach Ansicht des BVerfG noch einzulegende Rechtsbehelf innerhalb der vorgängigen Fachgerichtsbarkeit zwischenzeitlich verfristet sein. Dies hatte für den BF dann zur Konsequenz, daß ihm die Möglichkeit, in der betreffenden Sache einmal das BVerfG anzurufen, endgültig abgeschnitten war. Es half ihm dann auch nichts, daß nach verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung eine zunächst unzulässige VB durch nachträgliche Rechtswegerschöpfung zulässig werden kann³⁾.

Auf der anderen Seite konnte es vorkommen, daß der übervorsichtige BF weitere Rechtsbehelfe im Bereich des vorgängigen Rechtsweges einlegte, die sich für ihn nachträglich als unzulässig herausstellten. Hierdurch wurde dann die Beschwerdefrist nach § 90 I BVerfGG nicht gehemmt⁴⁾, was wiederum dazu führte, daß dem BF die Möglichkeit, in derselben Sache das BVerfG mit Erfolg anzurufen, absolut verwehrt war.

Bei dem Versuch, den Tatbestand des § 90 II 1 BVerfGG näher zu konkretisieren, tendierte das BVerfG schon frühzeitig dazu, diese

1) Lechner, BVerfGG, S. 366.

2) Lechner, BVerfGG, S. 367; BVerfGE Bd. 1, 208.

3) BVerfGE Bd. 1, 105 ff., 109.

4) BVerfGE Bd. 28, 1 ff.; 28, 88 ff.

besonderen Prozeßvoraussetzungen extensiv zu handhaben, d.h., die Möglichkeit, das BVerfG sogleich anzurufen, weitgehend einzuschränken.

Nach gefestigter Rechtsprechung des BVerfG ist der Rechtsweg so lange nicht erschöpft, wie der BF vor einem Fachgericht die Beseitigung der Verletzung eines der in § 90 I BVerfGG erwähnten Rechte verlangen kann¹⁾. Danach hat der BF zur Erschöpfung des Rechtsweges nicht nur Rechtsbehelfe mit Suspensiv- und Devolutiveffekt, sondern je nach Lage des Falles auch solche zu ergreifen, durch welche die Fachgerichte zur Abänderung einer ergangenen Verfügung oder Entscheidung berechtigt und verpflichtet werden, sofern durch den erstrebten Spruch die Grundrechtsverletzung beseitigt werden könnte.

Auch wenn Beschwerde, Berufung und Revision bereits ausgeschlossen sind, ist nach der Rechtsprechung des BVerfG der Rechtsweg noch nicht in jedem Falle erschöpft. Das BVerfG hat im Bereich der einzelnen fachgerichtlichen Rechtswege daneben vor Erhebung der VB noch weitere prozessuale Maßnahmen für erforderlich gehalten²⁾. Als extrem weitgespannte Verpflichtung sei hier stellvertretend auf den Weg der besonderen Gegenvorstellung nach § 33 a StPO hingewiesen³⁾.

In der letztgenannten Entscheidung hat das BVerfG ausgeführt, daß auch dann, wenn ein nach § 72 II OWiG gefaßter Beschluß des Amtsgerichtes weder mit der Rechtsbeschwerde noch mit dem Antrag auf deren Zulassung anfechtbar ist (§ 79 I 1 und 2 OWiG), der BF vor Erhebung der VB wegen Verletzung seines Anspruches auf rechtliches Gehör (Art. 103 I GG) eine Überprüfung

1) Geiger, BVerfGG, Anm. 7 zu § 90; Lechner, BVerfGG, Anm. 1 b zu § 90 II; Leibholz / Rupprecht, BVerfGG, Rdn. 80 zu § 90; Schmidt-Bleibtreu, in: Maunz-Schmidt-Bleibtreu u.a., BVerfGG, Rdn. 199 zu § 90; jeweils m.w.N. aus der Rspr. des BVerfG.

2) Vgl. hierzu im einzelnen Schmidt-Bleibtreu, in: Maunz / Schmidt-Bleibtreu u.a., BVerfGG, Rdn. 200 bis 202 c zu § 90 mit ausführlichen Nachweisungen aus Rspr. u. Lit.

3) BVerfGE Bd. 19, 198 ff.; 33, 192 ff.; 42, 243 ff.

gem. § 33 a StPO verlangen müsse. Anderenfalls sei die VB mangels Erschöpfung des vorgängigen Rechtsweges unzulässig.

In einer weiteren Entscheidung aus neuester Zeit hat sich das BVerfG auf den Standpunkt gestellt, daß der Rechtsbehelf der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand auch dann zum Rechtsweg im Sinne des § 90 II 1 BVerfGG gehöre, wenn er selbständig neben den ordentlichen Rechtsmitteln der Revision oder der Rechtsbeschwerde bzw. dem Antrag auf deren Zulassung offenstehe¹⁾. Das BVerfG hat in dieser Entscheidung unterstellt, daß der BF unverschuldet an der Wahrnehmung des amtsgerichtlichen Termines verhindert war und festgestellt, daß die Verhandlung und Verurteilung in dessen Abwesenheit gem. § 74 I OWiG eine Verletzung des Art. 103 I GG darstellte. Dennoch hat es die dagegen eingelegte VB gem. § 24 BVerfGG als unzulässig verworfen, obwohl der BF zuvor den Antrag auf Zulassung der Rechtsbeschwerde vergeblich gestellt hatte, da der BF vor dem Zulassungsantrag nicht zunächst noch das Wiedereinsetzungsverfahren betrieben hatte.

Es besteht durchaus die Möglichkeit, daß mit dieser Entscheidung auch der sorgfältigste Prozeßbevollmächtigte überrascht worden wäre. Denn sofern der BF mit seinem Wiedereinsetzungsantrag abgewiesen würde, bestünde für eine gegen diesen Beschluß erhobene VB weit geringere Erfolgsaussichten als bei der VB gegen die Ablehnung des Antrages auf Zulassung der Rechtsbeschwerde und das amtsgerichtliche Urteil selbst. Denn hier hätte unmittelbar die Verletzung des Art. 103 I GG gerügt werden können, somit eine Norm, die in § 90 I BVerfGG ausdrücklich aufgeführt ist.

Dennoch ist zuzugeben, daß diese Entscheidung noch im Rahmen der durch das BVerfG bereits sehr bald aufgestellten Definition der Rechtswegerschöpfung liegt, wonach der BF vor Anrufung des BVerfG sämtliche Möglichkeiten im Verfahren des zuständigen Gerichtszweiges wahrnehmen muß, um die Beseitigung des Hoheitsaktes zu erreichen, dessen Grundrechtswidrigkeit er geltend macht²⁾. Denn da der BF den Antrag auf Wiedereinsetzung in den

1) BVerfGE Bd. 42, 252 ff., 255.

2) Vgl. u.a., BVerfGE Bd. 8, 222 ff.; 16, 1 ff.

vorigen Stand nicht stellte, sondern sich lediglich mit dem Antrag auf Zulassung der Rechtsbeschwerde gem. § 80 I OWiG begnügte, hat er sich der Möglichkeit begeben, das gesamte Verfahren nochmals aufzurollen. In diesem Falle hätten für den BF aber größere Möglichkeiten bestanden, die behauptete Grundrechtsverletzung zu beseitigen, als über den Antrag auf Zulassung der Rechtsbeschwerde gem. § 80 I OWiG. Denn dem Antrag auf Zulassung der Rechtsbeschwerde ist nur dann stattzugeben, wenn es geboten ist, die Nachprüfung der Entscheidung zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung zu ermöglichen.

b) Die Stellungnahme der Lehre

Die strengen Anforderungen an das Erfordernis der vorgängigen Rechtswegerschöpfung durch das BVerfG wurden in der Lehre zum größten Teil als berechtigt übernommen¹⁾. Zur Begründung wird allgemein auf den Grundsatz der Subsidiarität der VB oder auch direkt auf ihm zugrundeliegende rechtspolitische Erwägungen zurückgegriffen.

Vereinzelte wird in der Lehre sogar noch eine weitergehende Eingrenzung der relativen Subsidiarität gefordert, als dies durch das BVerfG bereits geschehen ist.

1.) Die Ansicht Pohles

Pohle²⁾ ist der Ansicht, aus Gründen der Zweckmäßigkeit und der Prozeßökonomie sei zu fordern, daß der BF jede Möglichkeit, im vorgeschalteten Rechtsweg Schutz zu suchen, ausgenutzt haben müsse, die sich im konkreten Falle anbiete. Zwar werde eine formale Lösung, die ein Durchlaufen des Rechtsmittelweges bis zur letzten Instanz erfordere, den praktischen Bedürfnissen nicht gerecht. Wenn das Berufungsgericht aufgrund unzutreffender Beweiswürdigung mit rechtlich einwandfreier Begründung eine Klage abweise, könne man nicht gut vom BF fordern, daß er noch eine von vornherein aus-

1) Vgl. Lechner, BVerfGG, Anm. 1 b zu § 90 II; Leibholz / Rupprecht, BVerfGG, Rdn. 80 zu § 90; Schmidt-Bleibtreu, in: Maunz / Schmidt-Bleibtreu u.a., BVerfGG, Rdn. 199 zu § 90.

2) In: Festgabe für Leo Rosenberg, S. 188.

sichtslose Revision einlege¹⁾. Umgekehrt könne man den Rechtsweg noch nicht als erschöpft bezeichnen, solange der BF durch eine Wiederaufnahme des Verfahrens, eine Klage auf Feststellung der Nichtigkeit eines Urteils oder dergleichen beim ordentlichen Gericht noch Abhilfe erreichen könne.

Hier wird die Unterscheidung relevant, ob es sich bei den zur Erschöpfung des Rechtsweges zu ergreifenden Rechtsbehelfen um solche innerhalb eines Instanzenzuges handeln muß. Denn zu den Rechtsbehelfen innerhalb eines Instanzenzuges sind nicht mehr die außerordentlichen Rechtsbehelfe wie z.B. das Wiederaufnahmeverfahren gem. §§ 359 ff. StPO sowie die Nichtigkeits- und Restitutionsklagen gem. §§ 578 ff. ZPO zu zählen. Diese Verfahren begründen weder eine neue Instanz²⁾, noch sind sie Teil des Verfahrens, mit dem der Rechtsstreit vorläufig zum Abschluß gebracht wurde. Vielmehr kommt ihnen zu dem vorausgegangenen normalen Verfahren selbständige Natur zu. Aus diesem Grunde werden auch die Wiederaufnahmeverfahren nach den §§ 359 StPO und 578 ZPO von einem Teil der Lehre ausdrücklich nicht zum Rechtsweg im Sinne des § 90 II 1 BVerfGG gezählt³⁾.

Das BVerfGG hat zu dieser Streitfrage noch nicht eindeutig Stellung beziehen müssen. Es ließ die Frage ausdrücklich offen⁴⁾. In der vorerwähnten Entscheidung stellt es lediglich fest, daß die VBEn gegen die Abweisung der Nichtigkeitsklage innerhalb der Monatsfrist des § 93 I 1 BVerfGG erhoben worden seien. Entgegen

1) Pohle, a.a.O., dürfte bei dieser Aussage übersehen haben, daß eine Grundrechtsverletzung des BF, die dieser nur mit der VB rügen kann, allemal revisibel ist.

2) Arndt, NJW 1965, S. 807, r.Sp.

3) Arndt, NJW 1965, S. 807 ff., 808; Geiger, BA 1952, S. 7; ders. BVerfGG, Anm. 7 zu § 90; König, BayVbl 1958, S. 166 ff., 169; Lechner, BVerfGG, Anm. 1 a zu § 90 II; Leibold, Diss. S. 103; Pfeiffer, Das Bundesverfassungsgericht, S. 31; Redelberger, NJW 1953, S. 361 ff., 364; Röhl, MDR 1954, S. 387 ff., 389; Zweigert, JZ 1952, S. 321 ff., 326; unentschieden Schmidt-Bleibtreu, in: Maunz / Schmidt-Bleibtreu u.a., BVerfGG, Rdn. 201 zu § 90, a.E., der unter Berufung auf BVerfGE Bd. 11, 61 ff. u. 16, 211 ff., eindeutige Stellungnahmen nur zu der Wiederaufnahme des Verfahrens nach § 79 I BVerfGG bezieht.

4) Vgl. BVerfGE Bd. 17, 294 ff., 298; eine weitere Entscheidung ist hier noch nicht ergangen..

Leibold¹⁾ kann diesen Ausführungen nicht entnommen werden, daß auch das BVerfG das Wiederaufnahmeverfahren für einen besonderen Rechtsweg hält. Umgekehrt kann diese Entscheidung ebenso gut dahingehend gedeutet werden, daß die Nichtigkeitsklage auch zu dem zu erschöpfenden vorgängigen Rechtsweg zu zählen ist. Denn soweit die BF Nichtigkeitsklagen erhoben hatten, hat das BVerfG die VB nicht als verfristet zurückgewiesen, obwohl die Berufungsurteile bereits vor der einmonatigen Frist des § 93 I 1 BVerfGG ergangen und zugestellt waren. Das BVerfG hat den Fristablauf durch die zwischenzeitlich erfolglos betriebenen Nichtigkeitsklagen als gehemmt angesehen. Eine Hemmung des Fristablaufes wäre aber dann nicht möglich, wenn die Nichtigkeitsklage nicht zu dem vorab zu erschöpfenden Rechtsweg nach § 90 II 1 BVerfGG gehören würde. In einer weiteren Entscheidung²⁾ hat das BVerfG festgestellt, der Rechtsweg sei gem. § 90 II 1 BVerfGG erschöpft. Alsdann hat es hinzugefügt: "Der BF kann auch nicht auf den Weg eines Wiederaufnahmeverfahrens verwiesen werden". Schmidt-Bleibtreu³⁾ wertet diese Entscheidung wohl als Beleg dafür, daß sich das BVerfG für eine Hereinnahme der Wiederaufnahmeverfahren in das Erfordernis der vorgängigen Rechtswegerschöpfung entschieden habe. Für diese Annahme spricht einiges. Anderenfalls besteht aber auch die Möglichkeit, daß Gründe für eine Wiederaufnahme überhaupt nicht gegeben waren und das BVerfG lediglich darauf hinweisen wollte, ohne in der Sache selbst zu entscheiden. Es bleibt somit festzuhalten, daß noch keine eindeutige Stellungnahme des BVerfG vorliegt, ob die Wiederaufnahme des Verfahrens durch den BF vor Anrufung des BVerfG ebenfalls betrieben worden sein muß, damit sich dieser nicht dem Vorwurf mangelnder Rechtswegerschöpfung aussetzt. Eindeutige Stellungnahme hat das BVerfG lediglich insoweit bezogen, als der BF keine Fristnachteile zu erleiden hat, wenn er das Wiederaufnahme-

1) Diss. S. 100.

2) BVerfGE Bd. 22, 42 ff., 47.

3) In: Maunz / Schmidt-Bleibtreu u.a., BVerfGG, Rdn. 201, a.E. zu § 90.

verfahren zunächst noch anstrengt¹⁾).

Leibold führt zur Stützung seiner These zutreffend aus, daß die Wiederaufnahmeverfahren sich in drei Verfahrensabschnitte unterteilen²⁾. Zunächst erfolgt anläßlich der Entscheidung über ihre Zulässigkeit die Überprüfung der Frage, ob einer der in den Verfahrensgesetzen abschließend aufgezählten Wiederaufnahmegründe vorliegt. Alsdann ist über die Begründetheit der Wiederaufnahmeklage zu entscheiden. Erst danach kommt es zur erneuten Hauptverhandlung, in der über die ursprünglich streitige Frage befunden wird. Das Wiederaufnahmeverfahren hat somit im ersten und zweiten Verfahrensabschnitt einen vom vorausgegangenen normalen Verfahren abweichenden Streitgegenstand aufzuweisen. Leibold³⁾ zieht daraus nun den Schluß, daß die Wiederaufnahmeverfahren nicht zum vorgeschalteten Rechtsweg nach § 90 II 1 BVerfGG gezählt werden können. Denn der dritte Teil des Wiederaufnahmeverfahrens sei bedingt durch den Erfolg der beiden ersten. Damit verdiene der Unterschied der Verfahrensgegenstände bezüglich des ersten und zweiten Teils der Wiederaufnahmeverfahren den Vorrang vor dem gleichen Verfahrensgegenstand bezüglich des dritten Teiles.

So richtig die Erkenntnis Leibolds ist, das Wiederaufnahmeverfahren unterteile sich in drei Verfahrensabschnitte, so wenig trägt sie den Schluß, dieses Verfahren sei nicht Teil des vorab zu erschöpfenden Rechtsweges. Die vordergründige Logik kann nicht darüber hinweg täuschen, daß sie eines normativen Ansatzes ermangelt.

Aus der Verfahrensautonomie des BVerfG⁴⁾ ergibt sich dessen Befugnis und Pflicht, die zum Teil lückenhafte Normierung des BVerfGG sowie dessen ebenfalls zum Teil offene Tatbestände im

1) Vgl. BVerfGE Bd. 17, 294 ff., 298.

2) Leibold, a.a.O., S. 100 ff.

3) a.a.O., S. 101.

4) Vgl. oben zweiter Teil, II a (S. 19 f.) u. S. 57 f.

Sinne eines ordnungsgemäßen Verfahrensablaufes näher auszugestalten. Dieser Verfahrensausgestaltung sind nur wiederum Grenzen durch den Gesetzgeber gesetzt. Wenn das BVerfG nun den § 90 II 1 BVerfGG dahingehend näher konkretisiert, daß der Rechtsweg solange nicht erschöpft ist, wie der BF die Möglichkeit hat, im Verfahren vor den Gerichten des zuständigen Gerichtszweiges die Beseitigung des Hoheitsaktes zu erreichen, dessen Grundrechtswidrigkeit er geltend macht¹⁾, so ist diese Gesetzesausgestaltung nur dann nicht rechtmäßig, wenn sie der Intention des Gesetzgebers zuwiderläuft. Unter die durch das BVerfG getroffene Konkretisierung des vor seiner Anrufung zu beschreitenden Rechtsweges muß aber bei konsequenter Anwendung der Definition auch das Wiederaufnahmeverfahren fallen. Denn mit Hilfe dieses Verfahrens besteht für den BF nach wie vor die Möglichkeit, vor den Fachgerichten die Beseitigung des Hoheitsaktes zu erreichen, dessen Grundrechtswidrigkeit er geltend macht. Dieses Ergebnis wird auch durch die konsequente Rechtsprechung des BVerfG zu den Fällen der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bestätigt²⁾. Auch das Wiedereinsetzungsverfahren ist wie das Wiederaufnahmeverfahren in drei Verfahrensabschnitte zu unterteilen. Auch dort kommt es erst im dritten Abschnitt zur erneuten Hauptverhandlung, in der über die ursprünglich streitige Frage entschieden wird. Die beiden ersten Verfahrensabschnitte liegen im Sinne der Definitionen Leibolds und Arndts ebenfalls nicht innerhalb des Instanzenzuges. Dennoch hat der BF nach Ansicht des BVerfG das Wiedereinsetzungsverfahren zu beschreiten, da es für ihn die Möglichkeit begründen kann, mit Hilfe der Fachgerichte die behauptete Grundrechtsverletzung zu beseitigen.

Es ist somit nach der bisherigen Rechtsprechung des BVerfG damit zu rechnen, daß es das Wiederaufnahmeverfahren getreu seiner ständig gebrauchten Definition des zu erschöpfenden Rechtsweges ebenfalls hierzu rechnen wird, sofern es einer eindeutigen Stellungnahme nicht ausweichen kann. Noch vor kurzem hat das BVerfG³⁾ auf eine frühere Entscheidung verwiesen⁴⁾ und nochmals

1) Vgl. u.a., BVerfGE Bd. 8, 222 f.; 16, 1 f.

2) Vgl. hierzu aus neuester Zeit, BVerfGE Bd. 42, 252 ff.

3) BVerfGE Bd. 42, 252 ff., 255.

4) BVerfGE Bd. 34, 204 f.

hervorgehoben, daß es das Nichtigkeitsverfahren wegen Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör im zwischenzeitlich aufgehobenen Verfahren mit Schiedsurteil (§§ 510 c, 579 III ZPO)¹⁾ zum Rechtsweg gerechnet habe.

2.) Die Forderung R. Schneiders

Eine weitgehende Einschränkung der Kognition des BVerfG, die noch deutlich über die von diesem bereits gezogenen engen Grenzen hinausgeht, hält R. Schneider unter Berufung auf den Grundsatz der Subsidiarität für geboten²⁾.

aa) Demnach sei es erforderlich, daß der BF die im VB-Verfahren erhobene Rüge wenigstens in der letzten dieser Rüge zugänglichen unteren Instanz geltend machen müsse³⁾. Anderenfalls solle die VB der Zurückverweisung als unzulässig verfallen. Diese Rechtsfolge ergebe sich aber nicht unmittelbar mangels Erschöpfung des Rechtsweges, sondern unter analoger Anwendung dieses Gebotes, weil es an einer Rüge überhaupt fehle, die als zulässig einer Prüfung unterzogen werden könne⁴⁾.

Für den Bereich der Zivilurteile wird diese Auffassung auch von Dürig vertreten⁵⁾. Danach sollen Grundrechtsverletzungen bei Entscheidungen über Privatrechtsverhältnisse nur möglich sein, wenn in dem Zivilrechtsstreit bereits über Grundrechte gestritten wurde; zwar nicht ausdrücklich nach Artikel und Buchstaben, wohl aber der Sache nach⁶⁾.

Die Auffassungen R. Schneiders und Dürigs hätten jedoch zur Voraussetzung, daß eine Partei niemals durch ein Gericht in ihren Grundrechten verletzt werden kann, wenn nicht bereits über dieses Grundrecht gestritten wurde, mag es dabei ausdrücklich benannt worden sein oder nicht. Dieses trifft jedoch nicht zu. Denn

1) Aufgehoben mit Wirkung vom 1.7.1977 durch Vereinfachungs-
novelle vom 3.12.1976; BGBI I, S. 3281.

2) Schneider, ZZP, Bd. 79 (1966), S. 1 ff.

3) Schneider, a.a.O., S. 15.

4) Schneider, a.a.O.

5) Maunz/Dürig u.a., GG, Rdn. 125 zu Art. 1.

6) Maunz/Dürig u.a., GG, Rdn. 125, N. 1 (S. 63) zu Art. 1

vielfach ist es den Prozeßbeteiligten überhaupt nicht bewußt, daß eine (möglicherweise) grundrechtswidrige gerichtliche Entscheidung ergehen wird¹⁾. Aber auch wenn dem BF von Anfang an bekannt war, daß die Entscheidung der Instanzgerichte davon abhing, ob diese eine Grundrechtsverletzung bejahten oder nicht, so war dieser dennoch nicht verpflichtet, die Grundrechtsverletzung ausdrücklich zu rügen, wie dies § 92 BVerfGG als Ausnahmeregelung erst für den Bereich der VB postuliert. Denn der BF ist im Bereich der Instanzgerichte aus prozessualen Gründen zur Vermeidung rechtlicher Nachteile lediglich verpflichtet, den entscheidungsrelevanten Tatsachenstoff beizubringen oder sonstige sachdienliche Anträge zu stellen. Dem Verfahrensbeteiligten können aber keine Nachteile daraus erwachsen, daß er es unterläßt, das Gericht auf die Existenz von Grundrechtsnormen bzw. die Möglichkeit ihrer Verletzung hinzuweisen. Denn gem. Art. 1 III und 20 III GG hat jedes Gericht die Grundrechte als Bestandteil der objektiven Rechtsordnung zu beachten. Der Hinweis des BF auf eine Grundrechtsverletzung stellt somit nur eine Rechtsausführung dar, die dem Gericht ohnedies bekannt sein muß²⁾. So sind die Instanzgerichte auch ohne besonderen Antrag des BF gehalten, die Sache gem. Art. 100 GG vorzulegen, sofern die tatbestandlichen Voraussetzungen dieses Artikels gegeben sind. Dem Grundsatz "iura novit curia" kommt im Bereich der Grundrechte ihrem Rang entsprechend ebenfalls eine überragende Bedeutung zu³⁾. Es geht nicht an, dem BF das Risiko dafür aufzubürden, ob die Instanzgerichte ihrer Pflicht, die Grundrechte zu beachten, nachkommen.

Auch aus dem Wortlaut des § 90 II 1 BVerfGG und Art. 94 II 2 GG ergibt sich nicht im entferntesten, daß der BF schon im Bereich der Instanzgerichte die Grundrechtsverletzung, die er zum Gegen-

1) Vgl. die Beispiele bei Schumann, Verfassungs- und Menschenrechtsbeschwerde, S. 227 f.

2) Leibold, Diss. S. 119.

3) Vgl. hierzu auch Nipperdey, DVBl 1958, S. 452, N. 53 u. Schumann, Verfassungs- und Menschenrechtsbeschwerde, S. 227 f.

stand der VB machen will, gerügt haben muß. Spätestens nach Aufnahme der VB in Art. 93 I Nr. 4 a GG im Jahre 1969 ist einer Einschränkung dieses Institutes gegen den Wortlaut der Verfassung der Boden entzogen¹⁾.

bb) Eine weitere Einschränkung der Zulässigkeit der VB über die durch die Judikatur des BVerfG gezogenen Grenzen hinaus fordert R. Schneider im Bereich der prozessualen Zwischenentscheidungen²⁾.

Nach der Rechtsprechung des BVerfG ist die sofortige Anfechtung eines Zwischenbescheides mittels VB ausnahmsweise zulässig, wenn ein dringendes schutzwürdiges Interesse besteht. Dies ist stets bei solchen Zwischenbescheiden der Fall, durch die ein besonderes Zwischenverfahren abgeschlossen wird, dessen Mängel bei der Endentscheidung nicht mehr korrigiert werden können³⁾. Im übrigen verbleibt es aber dabei, daß auch Zwischenentscheidungen nach Erlaß des Endurteiles mit der VB angefochten werden können, sofern die tatbestandlichen Voraussetzungen der §§ 90 ff. BVerfGG gegeben sind.

Nach der Ansicht R. Schneiders sollte aber der Satz gelten, daß auch eine VB gegen derartige Akte nicht zulässig ist, wenn diese schon in unteren Instanzen selbständig nicht überprüft werden können⁴⁾. Wo immer eine prozessuale Zwischenentscheidung unanfechtbar sei, nehme es der Gesetzgeber bewußt in Kauf, daß diese Entscheidung möglicherweise auf einer Gesetzesverletzung (im weitesten Sinne, also auch einer Verletzung von Verfassungsrecht) beruhe. Da das GG einen Instanzenzug nicht gebiete, verstoße die Unanfechtbarkeit einer richterlichen Entscheidung nicht gegen Verfassungsrecht. An dieser auf spezialgesetzlichen Verfahrensvorschriften beruhender Unanfechtbarkeit habe sich auch durch § 90 BVerfGG nichts geändert. Denn für die jüngere Bestimmung

1) Vgl. hierzu im einzelnen noch unten vierter Teil.

2) a.a.O., S. 20 f.

3) Vgl. hierzu Lechner, BVerfGG, S. 354 f. und ausführlich Leibold, Diss. S. 94 ff.

4) R. Schneider, a.a.O., S. 20.

des § 90 BVerfGG gegenüber dem für die einzelnen Zweige der Gerichtsbarkeit geltenden älteren Verfahrensrecht greife der Satz vom Vorrang der *lex prior specialis* gegenüber der *lex posterior generalis* ein.

Zuzugeben ist, daß es sich sowohl bei dem Satz, "*lex posterior derogat legi priori*" als auch "*lex specialis derogat legi generali*" um allgemein anerkannte *topoi* handelt¹⁾. Nur ist R. Schneider den Beweis schuldig geblieben, daß es sich bei der besonderen Prozeßvoraussetzung des § 90 II 1 BVerfGG tatsächlich um eine *lex generalis* im Verhältnis zu den einzelnen Verfahrensvorschriften handelt, die eine prozessuale Zwischenentscheidung für unanfechtbar erklären. Richtiger dürfte die Ansicht sein, daß durch das BVerfGG mit der VB ein spezifischer Rechtsbehelf eigener Art geschaffen wurde, dessen Zulässigkeit sich unabhängig von den Verfahrensordnungen der Instanzgerichte aus dem BVerfGG ergibt. Dahinstehen kann die Frage aber spätestens seit Aufnahme der VB in das GG. Denn durch Ausgestaltung der VB mit Verfassungsrang ist dem Satz vom *lex prior specialis* gegenüber der *lex posterior generalis* der Boden entzogen, da er nur Gültigkeit bei gleichrangigen Rechtsnormen haben kann. Hier greift das in Art. 20 III GG verankerte Prinzip des Vorranges der Verfassung Platz, nach dem auch die Gesetzgebung an die verfassungsmäßige Ordnung gebunden ist und sich mit dieser nicht in Widerspruch setzen darf²⁾.

cc) Eine weitere Einschränkung der Kognition des BVerfG fordert R. Schneider im Bereich der sogenannten Bagatellsachen³⁾. Das BVerfG müsse mit Rücksicht auf die Natur der VB als eines außerordentlichen Rechtsbehelfes mehr noch als die Instanzgerichte befugt sein, bei ausgesprochenen Bagatellsachen das Rechtsschutzbedürfnis zu verneinen und die Anträge ungeachtet ihrer etwaigen Begründetheit allein wegen Geringfügigkeit des Anliegens als unzulässig abweisen. Die vorbehaltlose Verneinung des Rechtsschutzbedürfnisses ergebe sich vorliegend aus "der

1) Struck, Topische Jurisprudenz, S. 20.

2) Hesse, Grundzüge, § 6 II 1.

3) a.a.O., S. 46 f.

Subsidiarität der Gerichtsbarkeit überhaupt"¹⁾.

Die Ansicht R. Schneiders widerspricht der Spruchpraxis des BVerfG²⁾ und der h.L.³⁾, wonach Bagatellbeschwerden nur nach § 93 a IV BVerfGG⁴⁾ vom Hauptverfahren ferngehalten werden können. Danach handelt es sich bei § 93 a IV 2 BVerfGG um weitere, über den Tatbestand des § 90 BVerfGG hinausgehende Voraussetzungen, deren Fehlen sich für das Begehren des BF als zusätzliches "Prozeßhindernis" erweist⁵⁾. Dagegen meint R. Schneider, daß es sich bei der Geringfügigkeit des Anliegens um einen Unterfall der Unzulässigkeit mangels Rechtsschutzbedürfnisses handele und deshalb eine Abweisung nicht nur aufgrund des § 93 a IV BVerfGG in Betracht komme⁶⁾. Folglich könnten auch im Annahmeverfahren nur die Prozeßvoraussetzungen des ordentlichen VB-Verfahrens relevant werden, da in den für die Entscheidung im Annahmeverfahren maßgeblichen Kriterien des § 93 a IV 2 BVerfGG keine zusätzlichen, das Vorprüfungsverfahren kennzeichnenden Prozeßvoraussetzungen zu erblicken seien⁷⁾.

Die Ansichten R. Schneiders und die der h.L. unterscheiden sich grundlegend dadurch, daß nach der h.L. eine an und für sich begründete VB als Bagatellbeschwerde durch die weitere Zulässigkeitsschranke des § 93 a IV 2 BVerfGG verworfen werden kann. Dahingegen sind diese sogenannten Bagatellbeschwerden nach R. Schneider von Anfang an wegen mangelnden Rechtsschutzbedürfnisses unzulässig und somit unbegründet.

Wenn diese Ansicht richtig wäre, könnte die Unzulässigkeit wegen Geringfügigkeit mangels Rechtsschutzbedürfnisses ebensogut bereits über § 93 a II BVerfGG ausgesprochen werden; einer gesonderten Regelung des § 93 a IV 2 BVerfGG hätte es nicht bedurft.

1) R. Schneider, a.a.O., S. 47.

2) BVerfGE Bd. 9, 120 ; 19, 148.

3) Schmidt-Bleibtreu, in: Maunz / Schmidt-Bleibtreu u.a., BVerfGG, Rdn. 14 zu § 93 a, m.w.N. in N. 2; Schumann, Verfassungs- und Menschenrechtsbeschwerde, S. 107, a.E.

4) Ebenso wie schon nach § 91 a II a.F.; vgl. BVerfGE Bd. 9, 120.

5) Von Bally, Diss. S. 73.

6) R. Schneider, a.a.O., S. 46, N. 81.

7) R. Schneider, a.a.O., S. 74.

Auch von anderen Autoren ist gefordert worden, bei der Prüfung des Rechtsschutzbedürfnisses vor dem BVerfG solle "grundsätzlich ein besonders strenger Maßstab" angelegt werden, da sich eine Überbelastung als besonders nachteilig auswirke¹⁾ und zuviel Rechtsschutz im Ergebnis zu einem Zuwenig, zu einem Mangel an wirksamem und schnellem Rechtsschutz für die seiner wirklich Bedürftigen führe²⁾. Die Ansicht, daß Anträge neben § 93 a IV BVerfGG ganz allgemein wegen mangelnden Rechtsschutzbedürfnisses³⁾ unzulässig seien, da an dieses im VB-Verfahren im Gegensatz zu den Instanzgerichten erhöhte Anforderungen zu stellen seien, ist aus verschiedenen Gründen abzulehnen.

3.) Eigene Stellungnahme

aa) Das Rechtsschutzbedürfnis im Verfahren der VB
Zunächst kann als unbestritten unterstellt werden, daß es sich bei der VB um ein Rechtsschutzverfahren handelt, bei dem das Erfordernis des Rechtsschutzbedürfnisses in vollem Umfange Anwendung findet⁴⁾. Das Rechtsschutzbedürfnis ist ein Institut der allgemeinen Prozeßdogmatik, das dazu dient, die Durchführung des relevanten Prozeßzweckes im Einzelverfahren zu sichern⁵⁾. Da sich seine Geltung nicht in einer Einzelregelung bzw. Verfahrensordnung erschöpft, ist es als allgemeiner Prozeßgrundsatz einzustufen⁶⁾. Die Kritik von Hagen⁷⁾, daß es damit zu einem Unterschlupf für ungelöste Probleme gemacht werde, geht fehl. Denn ein allgemeiner Prozeßgrundsatz dient nur als Interpretationshilfe zur Lösung von Einzelproblemen. Eine verbindliche Subsumtion unter ihn ist nicht

1) Pohle, Rechtsgutachten, S. 37 u. S. 45, sub bb.

2) Bettermann, Grundrechte, III / 2, S. 806, sub 7.

3) Gebräuchlich sind auch die Begriffe Rechtsschutzinteresse, rechtliches oder berechtigtes Interesse.

4) Stephan, Rechtsschutzbedürfnis, S. 103, m.w.N. in N. 445; soweit ersichtlich erfolgte eine ablehnende Stellungnahme lediglich durch Spanner, in: Festschrift für Jahrreiß, S. 419, 426, die dieser jedoch später in BVerfG u. GG, Bd. 1, S. 374 ff. nicht mehr aufrechterhalten hat.

5) Stephan, Rechtsschutzbedürfnis, S. 77.

6) Bettermann, AöR Bd. 86 (1961), S. 160, vor V; Goessl, Organstreitigkeiten, S. 172.

7) Allgemeine Verfahrenslehre, S. 20.

möglich, sofern er nicht ausdrücklich gesetzlich positiviert wurde¹⁾. Im übrigen ist auch mit der Anerkennung des Rechtsschutzbedürfnisses als allgemeiner Prozeßgrundsatz im Sinne der hier verwendeten Definition noch keinerlei Aussage über seinen Geltungsumfang innerhalb der einzelnen Verfahren getroffen. Hierüber ist jedoch Klarheit zu erzielen, da anderenfalls eine befriedigende Antwort auf die Frage nicht erzielt werden kann, ob die Geltung des Rechtsschutzbedürfnisses so weit geht, daß mit seiner Hilfe Anträge wegen Geringfügigkeit als unzulässig verworfen werden können.

In den Verfahrensvorschriften finden sich zwar vielerorts Regelungen, wonach die Anrufung der Gerichte nur bei Vorliegen eines rechtlichen (§§ 66 I u. 256 ZPO) oder eines berechtigten Interesses (§§ 43 I VwGO, 41 FGO, 50 SGG) gerechtfertigt sein soll. Eine allgemeine Vorschrift, wonach jede begehrte gerichtliche Entscheidung nur bei Vorliegen eines Rechtsschutzbedürfnisses ergehen darf, gibt es jedoch nicht.

bb) Die dogmatische Begründung des Rechtsschutzbedürfnisses

Trotz allseitiger Anerkennung des Rechtsschutzbedürfnisses besteht über seine dogmatische Grundlage bisher keine Einigkeit.

Nach einer Meinung²⁾ wird das Erfordernis des Rechtsschutzbedürfnisses mit dem Zweck des Prozesses begründet. Es soll verhindert werden, daß das einzelne Verfahren Zielen nutzbar gemacht wird, die dem Prozeßzweck zuwider laufen³⁾.

Teilweise wird auch das allgemeine Gebot von Treu und Glauben, das auch im Prozeßrecht gilt⁴⁾, als Rechtfertigung für das Er-

1) Vgl. hierzu oben dritter Teil, VI b.

2) Die Ausführungen erfolgen in Anlehnung an Wieser, Rechtsschutzinteresse im Zivilprozeß, S. 24 ff., der sich als letzter ausführlich mit den Voraussetzungen des Rechtsschutzbedürfnisses befaßt hat.

3) Kuchinke, Z郑 Bd. 86 (1973), S. 399; Schönke, Rechtsschutzbedürfnis, S. 33, sub 3.; Stephan, Rechtsschutzbedürfnis, S. 23; Stein / Jonas, ZPO, v. § 253 III 4. u. N. 134; Jauernig, Zivilprozeßrecht, § 35 I.

4) Die Geltung des Grundsatzes von Treu und Glauben im Prozeßrecht ist unstreitig, statt vieler: Staudinger, BGB, Rdn. A 58 zu § 242.

fordernis des Rechtsschutzbedürfnisses angesehen¹⁾.

Nach einer weiteren Ansicht sollen einzelne Erfordernisse des rechtlichen Interesses im Sinne des § 256 ZPO analog dieser Vorschrift auch bei Leistungs- und Gestaltungsclagen voraussetzen sein²⁾. Danach soll zur Begründung eines allgemeinen rechtlichen Interesses § 256 ZPO deshalb herangezogen werden, weil damit gezeigt werden könne, daß dem Gesetzgeber dieses Institut nicht unbekannt war, sodaß von einer speziellen Regel auf eine allgemeine geschlossen werden könne.

Weiterhin wird auch der Grundsatz der Prozeßwirtschaftlichkeit³⁾ mit dem Rechtsschutzbedürfnis in Zusammenhang gebracht⁴⁾. Diese prozeßwirtschaftliche Funktion des Rechtsschutzbedürfnisses ergebe sich aus der sozialen Funktion des Prozesses und leite sich unmittelbar aus dem Prozeßzweck ab⁵⁾.

cc) Die Grenzen des Rechtsschutzbedürfnisses

Allen zur Begründung des Rechtsschutzbedürfnisses vertretenen Auffassungen ist gemein, daß dieses Rechtsinstitut zu einer Begrenzung des dem Antragsteller grundsätzlich gewährten Rechtsschutzes führen kann. Denn daß eine Einschränkung des durch den Staat umfassend gewährten Rechtsschutzes notwendig (dem Bürger kann z.B. kein ewiger Instanzenzug gewährt werden) und zulässig ist, wird heute nicht mehr bestritten⁶⁾. Grundsätzlich ist es zwar der Privatautonomie des Klägers überlassen, ob und wann er klagen will. Diese Dispositionsfreiheit findet aber ihre Grenzen in den Voraussetzungen der gesetzlichen Rechtsschutzformen⁷⁾. Diese Grenzen sind von Verfahren zu Verfahren unterschiedlich. Das Rechtsschutzbedürfnis ist somit Voraussetzung für die Zulässigkeit jeder Klage, doch ist es für die verschiedenen Klagearten zum Teil besonders ausgestaltet⁸⁾. Vielfach werden in diesem Zusammen-

1) Schöнке / Kuchinke, ZPO, § 33 IV (S. 150); Zeiß, Zivilprozeßrecht, § 43 (S. 122 ff.).

2) Wieser, Rechtsschutzinteresse, S. 28 f., unter Anlehnung an Blomeyer, Zivilprozeßrecht, § 30 X.

3) Vgl. hierzu Hütten, Diss. passim.

4) Baumbach/Lauterbach u.a., ZPO, Grundz. II F vor § 128; Böttcher, Kritische Beiträge, S. 207; Gierth, DVBl 1967, S. 848 f.; Hoffmann, VerwArch Bd. 53 (1962), S. 304; Schröder/Niese, ZPO, § 2 III 1 a (S. 24), § 43 IV (S. 196) u. § 44 III 5 d (S. 204).

5) Hütten, Diss. S. 34.

6) Hütten, Diss. S. 33.

7) Henckel, Prozeßrecht, S. 125.

8) Jauernig, Zivilprozeßrecht, § 35 I.

hang in der Literatur unterschiedliche Terminologien in derselben Sache und identische Begriffe gebraucht, wo Verschiedenes gemeint wird. Dies hat oftmals zu einem heillosen Durcheinander in dem hier behandelten prozessualen Bereich geführt¹⁾. Auf der einen Seite wird das Institut des Rechtsschutzbedürfnisses als Erfordernis der Zulässigkeit jedweder Sachentscheidung und somit als grundsätzlich materiell-rechtlich voraussetzungslos angesehen²⁾. Danach gibt es nur einen "allgemeinen Grund des mangelnden Rechtsschutzbedürfnisses"³⁾. Sofern daneben spezielle (allgemeine oder besondere) Prozeßvoraussetzungen einer bestimmten Klageart fehlten, seien diese als einziger Abweisungsgrund zu erkennen⁴⁾. Nach der Terminologie Pohles kann man in diesen Fällen höchstens sagen, daß die in Betracht kommende Prozeßvoraussetzung fehle, weil ein Rechtsschutzbedürfnis für die gewählte Art des Rechtsschutzes nicht bestehe⁵⁾. Mit dieser Terminologie stimmt auch überein, wenn das Rechtsschutzbedürfnis zu den allgemeinen Prozeßvoraussetzungen gezählt wird, dahingegen die daneben durch den Gesetzgeber ausdrücklich positivierten Erfordernisse, wie z.B. das Interesse an alsbaldiger Feststellung gem. § 256 I ZPO, zu den besonderen Prozeßvoraussetzungen⁶⁾.

Im Gegensatz dazu erkennt ein Teil der Lehre ein allen Klagen zugrundeliegendes "Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis" sowie bei einzelnen Klagearten das erforderliche "besondere Rechtsschutzbedürfnis" an⁷⁾.

1) Stein / Jonas, ZPO, vor § 253 III Anm. I.

2) Stephan, Rechtsschutzbedürfnis, S. 98.

3) Pohle, in: Lent-Festschrift, S. 208 f.

4) Vgl. auch Wieser, Rechtsschutzinteresse, S. 22, der fordert, daß bei der Prüfung des Rechtsschutzinteresses unterstellt werden müsse, daß die übrigen Erfolgsvoraussetzungen der Klage erfüllt seien.

5) Pohle, a.a.O., S. 209.

6) So Thomas / Putzo, ZPO, Anm. I 1 a u. b zu § 256.

7) Kopp, VwGO, Vorbem. § 40, IV a.E. (S. 62); Tschira / Schmitt-Glaser, Verwaltungsprozeßrecht, S. 71, sub IX A.; ähnlich Eyermann / Fröhler, VwGO, Rdn. 9 zu § 43, die das Feststellungsinteresse als eine besondere Erscheinungsform des allgemeinen Rechtsschutzbedürfnisses ansehen.

Der uneinheitliche Gebrauch der Terminologie ist im Ergebnis bedeutungslos, wenn der Unterschied zwischen dem (allgemeinen) Rechtsschutzbedürfnis auf der einen und dem "besonderen Rechtsschutzbedürfnis" bzw. den besonderen Prozeßvoraussetzungen auf der anderen Seite nicht verwischt wird.

Das (allgemeine) Rechtsschutzbedürfnis stellt einen allgemeinen Prozeßgrundsatz jedweden Rechtsschutzverfahrens dar. Es ist grundsätzlich materiell-rechtlich voraussetzungslos¹⁾. Dies ergibt sich aus der allgemeinen Prozeßrechtslehre, die zu einer Gleichbehandlung gleicher Phenomene in den verschiedenen Prozeßarten zwingt²⁾.

Dieses Gebot gilt auch für das Verfassungsprozeßrecht, denn bei aller Eigenständigkeit dieser Verfahrensordnung kann auch auf eine Einbettung der Verfassungsgerichtsbarkeit in das allgemeine Prozeßrecht nicht verzichtet werden³⁾. Eine Befreiung des Verfassungsprozeßrechts vom prozessualen Denken würde das Ende einer Gerichtsbarkeit in Verfassungssachen bedeuten, in der in einem vorhersehbaren und berechenbaren Verfahren durch unparteiische Richter darüber befunden wird, was verfassungsrechtens ist. Es gilt das Gebot: So viel Eigenständigkeit wie teleologisch nötig; so viel Bewahrung des Prozeßsystems wie möglich⁴⁾ oder wie Stephan⁵⁾ es formuliert: "Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln". Das (allgemeine) Rechtsschutzbedürfnis gestaltet sich somit im Verfahren der VB ebenso wie in den übrigen Prozeßordnungen unterschiedslos.

Unter Berufung auf das (allgemeine) Rechtsschutzbedürfnis könnte das BVerfG eine VB wegen Bagatellsachen demnach nur dann verworfen, wenn diese Rechtsfolge durch dieses Rechtsinstitut selbst

1) Stephan, Rechtsschutzbedürfnis, S. 98.

2) Renck, NJW 1965, S. 1793, r.Sp.

3) Schumann, JZ 1973, S. 489, r.; allgem. hierzu Menger, Prozeßgrundsätze, S. 427 ff.

4) Schumann, a.a.O., S. 489.

5) a.a.O., S. 98.

gedeckt wäre. Diese Ansicht wurde zuletzt von Schönke¹⁾ vertreten. Danach sei ein Interesse nicht schutzwürdig, das nach allgemeiner Anschauung als so gering anzusehen sei, daß die Inanspruchnahme der staatlichen Rechtsschutzeinrichtungen nicht gerechtfertigt sei. Unter Berufung auf die französische Rechtsprechung führt Schönke dann als Beispiel den Fall an, daß diese eine Schadensersatzklage mangels Rechtsschutzbedürfnisses als unzulässig angesehen habe, die der Übersetzer eines ausländischen Werkes gegen den Verleger mit der Begründung erhoben habe, in dem Werk sei bei dem Namen des Verfassers nicht die volle Adelsbezeichnung angegeben worden und außerdem habe sich in einem im Vorwort wiedergegebenen Brief ein orthographischer Irrtum befunden.

Die Ansicht Schönkes ist jedoch vereinzelt geblieben. Ihr kann auch nicht gefolgt werden.

Als Rechtsschutz wird allgemein das Zurverfügungstellen der von den Gerichten ausgeübten staatlichen Entscheidungs- und Zwangsgewalt zur Verwirklichung von Ansprüchen des Einzelnen verstanden²⁾. Nach Wieser³⁾ hängt das Rechtsschutzbedürfnis, soweit nichts besonderes bestimmt ist, von folgenden Voraussetzungen ab:

Die Wirkung des durch den Kläger erstrebten Urteils muß rechtlich möglich und nur durch gerichtliche Hilfe erreichbar und gerechtfertigt sein (Rechtsschutzgrund). Der Anspruchsteller muß dieses nicht zu ausschließlich rechtlich mißbilligten Zielen zu erreichen suchen (Rechtsschutzwille). Die erhobene Klage muß zweckmäßig sein, d.h. es darf kein anderes Rechtsschutzmittel billiger, schneller, zuverlässiger, sicherer oder wirkungsvoller alle Wirkungen des Urteils herbeiführen können⁴⁾. Von diesen Vor-

1) Rechtsschutzbedürfnis, S. 35; ders. in: Stein / Jonas, ZPO, 18. Aufl., Einl. III 3 c (S. 24 f.); ebenso Sydow-Busch, ZPO, Vorbem. 1 vor § 253 (S. 375); Bettermann, NJW 1948, S. 448, r.Sp., sub 3.

2) Menger, System, § 17 (S. 55).

3) Rechtsschutzinteresse, S. 238 ff.

4) So auch Rosenberg / Schwab, ZPO, § 93 IV 1, unter Berufung auf Wieser.

aussetzungen hat die Wahl des zweckmäßigsten Rechtsschutzmittels große praktische Bedeutung, während die anderen Voraussetzungen eine geringere Rolle spielen¹⁾. Sie lehnen sich an die oben bereits erwähnten Grundsätze der Prozeßökonomie und von Treu und Glauben an, denen ebenfalls im Verfahrensrecht Geltung zukommt. Aber nur über diese beiden Ausnahmeregelungen könnten Bagatellsachen ausgesondert werden, denn der Grundsatz des zweckmäßigsten Rechtsschutzmittels kann auch dann bei Bagatellsachen nicht zur Abweisung führen, wenn es ein anderes Rechtsschutzmittel nicht gibt, das billiger, schneller, zuverlässiger, sicherer oder wirkungsvoller alle Wirkungen des Urteils herbeiführen könnte.

Es ist auch allgemein anerkannt, daß das Rechtsschutzbedürfnis dann zu verneinen ist, wenn die gegebene Rechtsschutzmöglichkeit schikanös oder rechtsmißbräuchlich ausgenutzt wird und so das Gericht unnötig belastet wird²⁾.

Hier findet der topos "de minimis non curat praetor"³⁾ seine Berechtigung. Denn es ist überzeugend, vernünftig und gerecht, wenn dem Anspruchsteller bei rechtsmißbräuchlicher oder schikanöser Inanspruchnahme des staatlichen Rechtsschutzes das Rechtsschutzbedürfnis aberkannt wird. Nicht erfaßt werden von diesem pragmatischen Gesichtspunkt materialer Gerechtigkeit⁴⁾ aber die Fälle, in denen der Antragsteller das Gericht zwar wegen eines geringen Unrechts, im übrigen aber mit dem Willen anruft, seine Rechte zu schützen. Bei dieser Sachlage ist sowohl ein Rechtsschutzgrund gegeben, wenn ein klagestattgebendes Urteil rechtlich möglich und nur durch gerichtliche Hilfe erreichbar ist, als auch

1) Rosenberg / Schwab, ZPO, a.a.O.

2) Stephan, Rechtsschutzbedürfnis, S. 51, unter Berufung auf Jaeger, Konkursordnung, § 103 A. 2 b, der völlig zu Recht sagt, daß ein Konkursantrag wegen einer Mark ein Unding sei.

3) Vgl. Struck, Topische Jurisprudenz, S. 21.

4) Diese Umschreibung eines topos findet sich bei Esser, Grundsatz und Norm, S. 44.

ein Rechtsschutzwille, wenn das durch den Rechtsschutzsuchenden erstrebte Ergebnis durch die Rechtsordnung nicht mißbilligt wird. Sofern dann ein anderes Rechtsschutzmittel nicht zur Verfügung steht, mit welchem die angestrebte Rechtsfolge billiger, schneller, sicherer, zuverlässiger oder wirkungsvoller herbeigeführt werden könnte, kann die Klage auch bei Geringfügigkeit des Streitgegenstandes nicht der Abweisung als unzulässig mangels fehlenden (allgemeinen) Rechtsschutzbedürfnisses anheimfallen¹⁾. Eine Forderung nach milder, strenger oder besonders strenger Prüfung der Zulässigkeit eines Verfahrens kann somit nicht aus dem allgemeinen Rechtsschutzbedürfnis abgeleitet werden²⁾.

Neben dem (allgemeinen) Rechtsschutzbedürfnis findet der grundsätzlich gewährte Rechtsschutz in speziellen Voraussetzungen der jeweiligen Rechtsschutzformen zum Teil eine weitere Begrenzung³⁾. So war z.B. ursprünglich für den Zivilprozeß durch die zwischenzeitlich aufgehobene Vorschrift des § 510 c ZPO⁴⁾ bestimmt, daß bei Streitigkeiten über vermögensrechtliche Ansprüche nach freiem Ermessen des Gerichtes entschieden werden konnte, wenn der Gegenstandswert 50,-- DM nicht überstieg. Eine vergleichbare Regelung, die ausdrücklich auf die Höhe des Gegenstandswertes abstellt, findet sich im BVerfGG nicht. Aber auch ohne ausdrückliche gesetzliche Normierung könnte das Recht, VB in Bagatellsachen einzulegen, dann nicht schutzwürdig sein, wenn dies dem Zweck dieser Prozeßinstitution zuwiderlaufen würde. Denn auch bei Verfolgung von Zielen, die aus der Sicht der Prozeßzwecke nicht schutzwürdig genannt werden können, wird man von einem Mangel des Rechtsschutzbedürfnisses sprechen können⁵⁾.

1) Kopp, VwGO, S. 70; Lent, Zivilprozeßrecht, S. 118; Pohle, Lent-Festschrift, S. 219; Schumann / Leipold, in: Stein / Jonas, ZPO, Anm. III 4 c, N. 162, vor § 253 unter Ablehnung der Ansicht Schönkes in Vorauf., Einl. D III, 3 C (S. 24 f.); Stephan, Rechtsschutzbedürfnis, S. 48 f. u. S. 96 ff.; Wieser, Rechtsschutzinteresse, S. 20.

2) Stephan, Rechtsschutzbedürfnis, S. 98, N. 427.

3) Henckel, Prozeßrecht, S. 125.

4) Vgl. Vereinfachungsnovelle vom 3.12.1976, BGBl I, S. 3281.

5) Hütten, Diss. S. 34; Schönke, Rechtsschutzbedürfnis, S. 33; Stein / Jonas, ZPO, vor § 253 III 4 c; Stephan, Rechtsschutzbedürfnis, S. 128.

Dabei ist aber ein strenger Maßstab anzulegen, denn die Gewähr von Rechtsschutz ist eines der wesentlichsten Merkmale der grundgesetzlichen Verfassung¹⁾. Nur dann ist die Verweigerung des grundsätzlich gewährten Rechtsschutzes trotz möglicherweise bestehender Rechte gerechtfertigt, wenn sich dies Erfordernis aus dem Zweck des Prozesses zwingend ergibt²⁾.

Die VB dient sowohl einem subjektiven, als auch einem objektiven Zweck³⁾. Der subjektive Zweck der VB besteht darin, daß mit ihr jeder Bürger Eingriffe der staatlichen Gewalt in seine Grundrechte auf verfassungsprozessualen Wege abwehren kann⁴⁾. Mit der Überprüfung der angegriffenen hoheitlichen Maßnahme auf ihre Vereinbarkeit mit den Grundrechten erfolgt aber immer auch eine verbindliche Auslegung, Fortbildung, Klärung und Bewahrung objektiven Verfassungsrechtes⁵⁾. Denn der Widerstand gegen ein noch so geringes - vielleicht sogar nur vermeintliches - Unrecht liegt einerseits im Interesse des rechtsbewußten Bürgers, andererseits aber auch im Interesse des Gemeinwesens, da ohne ihn keine Verwirklichung der Rechtsordnung möglich wäre⁶⁾. Der objektive Zweck des VB-Verfahrens würde aber verkannt, wenn man lediglich auf den Grad der Betroffenheit des einzelnen klagenden Bürgers abstellen würde. Denn es besteht durchaus die Möglichkeit, daß einer hoheitlichen Maßnahme aus

-
- 1) Vgl. Menger, System, S. 55; Schima, Festgabe für Gutzwiller, S. 523; Schumann, Verfassungs- und Menschenrechtsbeschwerde, S. 21 f.
 - 2) Stein / Jonas, ZPO, vor § 253 III 4.
 - 3) Hutzelmann, Diss. S. 205 ff.
 - 4) Vgl. z.B. Lechner, BVerfGG, S. 340, sub 3; Schmidt-Bleibtreu, in: Maunz / Schmidt-Bleibtreu u.a., BVerfGG, Rdn. 15 zu § 90; Nawiasky / Leusser, Verfassung des Freistaates Bayern, S. 65; Schumann, a.a.O., S. 99 ff.; Seiwert, Diss. S. 98; Wintrich, BayVB1 1958, S. 97 ff., 99; Zuck, Die Verfassungsbeschwerde, S. 5, Rdn. 9; BVerfGE Bd. 18, 315 ff., 324; 4, 27 ff., 30; 6, 45 ff., 49; 6, 445 ff., 448.
 - 5) Schmidt-Bleibtreu, in: Maunz / Schmidt-Bleibtreu u.a., BVerfGG, Rdn. 17 zu § 90; Schumann, a.a.O., S. 113, Wintrich, Nawiasky-Festschrift, S. 145; Zuck, ZZP 1978, S. 336.
 - 6) Stephan, Rechtsschutzbedürfnis, S. 50.

der Sicht des Betroffenen trotz Grundrechtswidrigkeit ein nicht weiter störender Bagatelldarakter zukommt, die Tatsache aber, daß ein derartiger Fehler innerhalb der Rechtsordnung ohne Konsequenzen bleibt, unerträglich ist. Stephan¹⁾ weist in diesem Zusammenhang auf die sowohl dem öffentlichen als auch dem privaten Recht bekannten Massengeschäfte hin, bei denen bereits eine geringfügige Belastung des einzelnen zu stattlichen Beträgen führen kann. Ebenso können auch Grundrechtsverletzungen im jeweiligen Einzelfall nicht sonderlich belastend sein. Werden sie jedoch insgesamt betrachtet, so kann sich durchaus eine unzumutbare Belastung der Allgemeinheit herausstellen. Als unstrittig unzulässige Popularbeschwerde kann eine derartige VB - sei die Beschwer auch noch so gering - nicht angesehen werden, da der BF in seinem grundrechtlich geschützten Bereich betroffen ist.

Auch der Grundsatz der Subsidiarität berechtigt nicht zu einer Abweisung wegen Geringfügigkeit, da er nur besagt, daß eine Grundrechtsverletzung so lange nicht mittels VB gerügt werden kann, wie nicht sämtliche Rügemöglichkeiten innerhalb der Instanzgerichtsbarkeit ausgeschöpft sind. Eine Aussage über die Intensität der Grundrechtsverletzung trifft er nicht.

Als Ergebnis bleibt somit festzuhalten, daß der bloße Bagatelldarakter auch im VB-Verfahren noch nicht ausreicht, um eine Abweisung mangels fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses nach sich zu ziehen. Denn auch bei Anrufung des BVerfG wegen einer relativ geringfügigen Beschwer handelt es sich nicht um eine einwandfrei zweckwidrige Prozeßbetreibung, bei der allein das Rechtsschutzbedürfnis zu verneinen wäre²⁾. Lediglich Beschwerneisse für das Gericht können keinesfalls genügen, um die Bedürfnisse des Bürgers nach Rechtsschutz zu verneinen, da die Gerichte für die

1) a.a.O., S. 50.

2) Stein / Jonas, ZPO, vor § 253 III 4.

Bürger da sind¹⁾. Schumann²⁾ warnt ebenfalls zu Recht vor einer Überstrapazierung des Rechtsschutzbedürfnisses, da es Ziel jeder prozeßrechtlichen Betrachtungsweise sein muß, dem materiellen Recht zum Siege zu verhelfen.

c) Die "gerichtsfreien Hoheitsakte"

1.) Ihre Rechtsnatur

Die rechtliche Qualifikation derartiger "gerichtsfreier Hoheitsakte" ist umstritten³⁾. Allgemein liegt dem Begriff die Vorstellung zugrunde, daß die hoheitliche Tätigkeit speziell im Bereich der Regierung nicht bloßer Vollzug eines Gesetzes, sondern gestaltende Tätigkeit ist, die oft einen weiten Spielraum für die jeweils zu treffende Entscheidung fordert. In diesem Bereiche staatspolitischer Entscheidungen - hierzu zählen z.B.: staatsrechtliche Regierungsakte⁴⁾, völkerrechtliche Regierungsakte⁵⁾ oder gesetzesfreie Präsidialgewährungen⁶⁾ - wird der einzelne Bürger regelmäßig schon deshalb nicht in seinen subjektiven Rechten verletzt sein, weil diese "gerichtsfreien Hoheitsakte" ihrer Natur nach nicht unmittelbar in die Rechte des einzelnen eingreifen⁷⁾. Es ist also nicht so, daß eine dem Grunde nach gegebene Anrufungsmöglichkeit der Gerichte speziell in diesen Fällen ausgeschlossen wäre. Vielmehr sind derartige Maßnahmen vielfach nicht geeignet, den einzelnen in einer Weise zu verletzen, die ihm einen klagbaren Anspruch ge-

1) Stein / Jonas, ZPO, a.a.O.

2) Schumann, Verfassungs- und Menschenrechtsbeschwerde, S. 189 f. u. 185, N. 17.

3) Vgl. hierzu Maunz / Dürig u.a., GG, Rdn. 4 zu Art. 62; Schmidt-Bleibtreu, in: Maunz / Schmidt-Bleibtreu u.a., BVerfGG, Rdn. 168 zu § 90; Wernicke, BK, Anm. II 4 f. (S. 17) zu Art. 19 GG; sowie aus jüngster Zeit Schmelter, Rechtsschutz, S. 134 ff.; jeweils m.w.N.

4) Z.B. Bestimmung der Richtlinien der Politik nach Art. 65 I GG, Entscheidungen über die "Dringlichkeit" im Notstandsverfahren nach Art. 81 GG, Beschlüsse nach Art. 112, 113 oder 129 I 2 GG.

5) Z.B. Abschluß von politischen Staatsverträgen nach Art. 59 I GG oder nichtpolitischen Staatsverträgen, Entscheidungen über Ab-erkennung der diplomatischen Immunität, Anerkennung von Staaten.

6) Z.B. Titel- und Ordensverleihungen.

7) Vgl. hierzu auch Schmidt-Bleibtreu, in: Maunz / Schmidt-Bleibtreu u.a., BVerfGG, Rdn. 168 zu § 90, m.w.N.

währen könnte. Sollte somit der Verwaltungsrechtsweg nicht gegeben sein, weil der Betreffende nicht durch die öffentliche Gewalt in seinen subjektiven Rechten verletzt ist, so sind auch die Tatbestandsvoraussetzungen des § 90 I BVerfGG nicht gegeben. Denn das Zulässigkeitserfordernis des § 90 I BVerfGG ist das verfassungsprozessuale Gegenstück zur verwaltungsprozeßrechtlichen Zulässigkeitsvoraussetzung des § 42 II VwGO¹⁾. Auf dieser Ebene stellt sich demnach überhaupt nicht die Frage, welches Gericht erstzuständig ist, da staatlicher Rechtsschutz hier noch überhaupt nicht zur Verfügung steht. Dies folgt aus dem logischen Vorrang des "ob" vor dem "wie".

Soweit allerdings ein Regierungsakt die Schwelle der subjektiven Rechte des einzelnen überschreitet, steht dem Betroffenen der Rechtsweg offen, auch wenn diese Verletzung durch ein politisches Organ des Staates erfolgt sein sollte²⁾. An diesem Ergebnis ist wegen der umfassenden Rechtsweg- und Rechtsschutzgarantie des Art. 19 IV GG³⁾ nicht zu deuteln.

2.) Ihre Justitiabilität

Folgt man nun der weitaus herrschenden Meinung zum Begriff der verfassungsrechtlichen Streitigkeit im Sinne des § 40 VwGO, so bereitet die Einordnung dieser hoheitlichen Einzelakte in die sachlich zuständige Gerichtsbarkeit keine Schwierigkeit. Denn danach sind verfassungsrechtliche Streitigkeiten im Sinne des § 40 VwGO, welche den Verwaltungsrechtsweg ausschließen, nicht schlechthin alle Streitigkeiten, für deren Entscheidung die Anwendung von Bundes- oder Landesverfassungsrecht in Betracht kommt, sondern nur die echten Verfassungsstreitigkeiten, d.h. Streitigkeiten zwischen am Verfassungsleben unmittelbar beteiligten Rechtsträgern, Verfassungsorganen und Teilen von solchen⁴⁾. Dies hat zur Konsequenz, daß die subsidiäre Zustän-

1) Bettermann, ZZP Bd. 72 (1959), S. 41; Büsser, Diss. S. 29.

2) Maunz / Dürig u.a., GG, Anm. 4 zu Art. 62, a.E.

3) Vgl. ausführlich Schmelter, a.a.O., S. 99 f., m.w.N. in N. 118.

4) Vgl. z.B. Eyermann / Fröhler, VwGO, Rdn 63 zu § 40; Kopp, VwGO, Anm. 4 zu § 40; Maunz, in Maunz / Schmidt-Bleibtreu u.a., BVerfGG, Vorbem., Rdn. 4; Menger / Erichsen, VerwArch Bd. 57 (1966), S. 384.

digkeit des ordentlichen Rechtsweges des Art. 19 IV 2 GG heute aufgrund der verwaltungsgerichtlichen Generalklausel - zumindest unter Zugrundelegung des Begriffes der verfassungsrechtlichen Streitigkeit im Sinne der herrschenden Meinung - weitgehend leer läuft¹⁾.

Auch nach einer vereinzelt gebliebenen Mindermeinung, die als verfassungsrechtliche Streitigkeiten nur solche ansieht, die durch Gesetze den Verfassungsgerichten ausdrücklich zugewiesen sind²⁾, bestünde ein Zuordnungsproblem zu den jeweils zuständigen Gerichtsbarkeiten nicht.

Geht man allerdings davon aus, daß es Einzelakte der öffentlichen Gewalt gibt, die der Zuständigkeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit entzogen sein sollen, so stellt sich die Frage, welche Gerichtsbarkeit zur Überprüfung derartiger Rechtsverletzungen an ihrer Stelle zuständig sein soll. Denn nach richtiger Auffassung muß wegen des durch Art. 19 IV GG umfassend gewährten Rechtsschutzes³⁾ irgendein Gericht zuständig sein. In Betracht kommen nur die ordentlichen Gerichte im Rahmen ihrer Reservezuständigkeit nach Art. 19 IV 2 GG⁴⁾ oder aber direkt das BVerfG nach Art.

93 I Nr. 4 a GG, § 90 I BVerfGG, dem verfahrensprozessualen Gegenstück zur verwaltungsprozeßrechtlichen Zulässigkeitsvorsetzung des § 42 II VwGO⁵⁾.

3.) Die Mindermeinung zum Begriff der (nicht) verfassungsrechtlichen Streitigkeiten des § 40 VwGO und ihr prozessualer Lösungsvorschlag

Unter Abkehr von der überwiegend vertretenen Ansicht, die zur Abgrenzung der verfassungsrechtlichen zu den nicht-verfassungsrechtlichen Streitigkeiten im Sinne des § 40 VwGO auf den Gegen-

1) Vgl. Maunz / Dürig u.a., GG, Rdn. 54 zu Art. 19 IV u. Menger, DöV 1969, S. 155, r.Sp.

2) Vgl. Schunck / De Clerck, VwGO, 1. Aufl., Anm. 2 a, aa, zu § 40, welche diese Auffassung aber bereits in der 2. Aufl. ausdrücklich aufgegeben haben u. Wertenbruch, DöV 1959, S. 509 f.

3) Vgl. oben S. 88, N. 2.

4) Unter "ordentlichem Rechtsweg" ist die Zivil-, Straf- und freiwillige Gerichtsbarkeit zu verstehen. Welche Gerichte davon im konkreten Falle anzurufen sind, besagt das Verfahrensrecht, vgl. Maunz / Dürig u.a., GG, Rdn. 62 zu Art. 19 IV.

5) Vgl. oben S. 89, N.1.

stand und die Parteien abstellt¹⁾, bestimmen neuerdings Kassimatis²⁾ und ihm folgend Schmelter³⁾ den Begriff der verfassungsrechtlichen Streitigkeit materiell ohne Einbeziehung der Streitparteien⁴⁾. Konsequenz dieser Ansicht ist, daß neben dem "Soweit"-Satz des § 40 VwGO auch alle die Einzelakte der öffentlichen Gewalt dem Verwaltungsrechtsweg entzogen sind, bei denen lediglich ein Subjekt dem "Verfassungsrechtskreis"⁵⁾ angehört; bzw. sogar dann, wenn die beteiligten Subjekte insgesamt außerhalb dieses Verfassungsrechtskreises stehen, sofern der zur Entscheidung unterbreitete Sachverhalt überwiegend vom Verfassungsrecht geprägt ist⁶⁾.

Auf dem Boden dieser Lehre kommen Kassimatis und Schmelter dann zu dem Ergebnis, daß Regierungsakte⁷⁾ und "nicht zur Rechtsetzung gehörende Akte der Legislative"⁸⁾ der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung vorenthalten bleiben sollen.

Eine nähere Auseinandersetzung mit den vorstehend wiedergegebenen Ansichten ginge über den Gegenstand der vorliegenden Untersuchung hinaus. Unmittelbar tangiert wird der hier erörterte Grundsatz der Subsidiarität der VB aber durch den prozessualen Lösungsvorschlag, den Kassimatis und Schmelter für die Einzelakte der öffentlichen Gewalt anbieten, die sie wegen ihres weiten Begriffes der verfassungsrechtlichen Streitigkeiten der Kognition der Verwaltungsgerichte entzogen haben.

1) Siehe oben S. 89, N. 4.

2) Regierung, S. 181 ff.

3) Rechtsschutz, S. 160 ff.

4) Kassimatis, a.a.O., S. 184; Schmelter, a.a.O., S. 163.

5) Dieser Ausdruck wurde geprägt durch Friesenhahn, Staatsrecht, Bd. 2, S. 534.

6) So Schmelter, a.a.O., S. 163 unter Bezugnahme auf Scheuner u. Triefel.

7) So Kassimatis, a.a.O., S. 180 ff., 188, 200.

8) So Schmelter, a.a.O., S. 164 ff.

Denn damit haben sie "nolens - volens" den "negativen Kompetenzkonflikt" zwischen den Verweisungsklauseln des Art. 19 IV 2 GG und § 90 II 1 BVerfGG in den Bereich der Einzelakt-VB hineingetragen, den es bisher nur bei der unmittelbaren Rechtssatz-VB zu lösen galt¹⁾.

Bei der Wahl zwischen dem hilfsweise gewährten Reserverechtsweg nach Art. 19 IV 2 GG und der ebenfalls grundsätzlich subsidiären VB (vgl. § 90 II 1 u. 2 BVerfGG) entscheiden sich Kassimatis und ihm folgend Schmelter für eine direkte Anrufungsmöglichkeit des BVerfG mittels VB²⁾. Sie begründen ihre Ansicht damit, daß das BVerfG nicht nur zur Überprüfung von Rechtsätzen³⁾, sondern auch von Einzelakten erstzuständiges, den Reserverechtsweg des Art. 19 IV 2 GG ausschließendes Gericht sei, sofern der Verwaltungsrechtsweg wegen Vorliegens einer materiell verfassungsrechtlichen Streitigkeit, die nach ihrer Meinung nicht durch die Streitparteien einzugrenzen sei, ausgeschlossen sei. Anderenfalls würde der für die Anfechtung von Parlamentsakten "inadäquate Weg zu den Verwaltungsgerichten" durch das noch "weniger adäquate Verfahren vor den ordentlichen Gerichten" ersetzt⁴⁾.

Diese Ansicht ist aber aus verschiedenen Gründen abzulehnen:

Bei der Kodifizierung des VB-Verfahrens bestand für den Gesetzgeber nicht der geringste Zweifel daran, daß der Rechtsschutz des einzelnen durch Art. 19 IV GG in umfassender Weise bereits gewährleistet war. Dem Art. 19 IV GG wurde der Satz 2 nicht etwa deshalb hinzugefügt, weil der Gesetzgeber davon ausgegangen wäre, es gebe noch Lücken im Rechtsschutz. Denn er wurde auf Antrag v. Brentanos erst in der zweiten Lesung des Hauptausschusses aufgenommen, um den Sonderfall zu verhindern, daß ausnahmsweise

1) Vgl. hierzu ausführlich unten vierter Teil, II.

2) So auch im Ergebnis Lenz, Diss. S. 88 (für Regierungsakte) u. Hoffmann, Diss. S. 67 (für Petitionsbescheide).

3) Vgl. hierzu unten III, a (S. 102 ff.).

4) So ausdrücklich Schmelter, a.a.O., S. 178; im Ergebnis ebenso Kassimatis, S. 220 f. u. 189 ff., auf den sich Schmelter, a.a.O., S. 177, N. 32 bezieht.

alle Gerichte ihre Zuständigkeit ablehnen und damit den umfassenden Rechtsschutz im Ergebnis ins Gegenteil verkehren könnten¹⁾. Deshalb hielt die Mehrheit des Bundesrates die VB gegen hoheitliche Einzelakte auch für überflüssig²⁾ und befürwortete lediglich die Einführung einer "Grundrechtsklage" gegen Akte der gesetzgebenden Gewalt, die im übrigen sogar ebenfalls noch gegenüber entsprechenden Rechtsbehelfen der Länder subsidiär sein sollte³⁾. Die VB gegen Einzelakte der öffentlichen Gewalt wurde durch den Gesetzgeber dann letztendlich doch noch "als letzte Zuflucht des Bürgers bei Grundrechtsverletzungen des Staates"⁴⁾ gewährt. Sie sollte und konnte aber erst nach Erschöpfung der durch die Rechtsweggarantie des Art. 19 IV GG lückenlos gestalteten zwischengeschalteten Gerichtsbarkeit greifen. Aus diesem Grunde konnte sich der Gesetzgeber z.B. auch nur eine derart radikale prozessuale Zulässigkeitsbeschränkung wie das in seiner Filterwirkung kaum noch zu überbietende Annahmeverfahren nach § 93 a BVerfGG erlauben. Denn Rechtsschutz gegen hoheitliche Einzelakte war bereits in umfassender Form gewährleistet und es galt nur noch die Frage zu klären, in welchem Umfang dem Bürger mittels der VB eine darüberhinausgehende weitere Chance eingeräumt werden sollte. Bestätigt wird dieses Ergebnis auch noch durch folgende Hilfswerwägung:

Trotz ihrer verfassungsrechtlichen Verankerung in Art. 93 I Nr. 4 a GG im Jahre 1969 könnte die VB gegen hoheitliche Einzelakte jederzeit durch den Gesetzgeber ersatzlos gestrichen werden, ohne

-
- 1) Vgl. Lerche, Rechtsweg, S. 94, der auch zutreffend darauf hinweist, daß es dem Gesetzgeber dabei nicht so sehr darauf angekommen sei, gerade den ordentlichen Rechtsweg, als nur überhaupt einen Rechtsweg zu garantieren, a.a.O., S. 91.
 - 2) Vgl. hierzu Kurzprotokolle zu den Sitzungen des RA-BR vom 2. und 8. bis 11. März 1950.
 - 3) Vgl. hierzu Prot. über die 16. Sitzung des Bundesrates vom 17. 3. 1950 (S. 269 ff.); Änderungsvorschlag Bundesrat zu § 84 BVerfGG, BR-Drucks. Nr. 189/50; ebenfalls abgedruckt bei Schmidt-Bleibtreu, in: Maunz / Schmidt-Bleibtreu u.a., BVerfGG, Rdn. 8 zu § 90 (S. 12), N. 2.
 - 4) Vgl. die Begründung der Regierungsvorlage, BT-Drucks., 1. Wahlp., Nr. 788 (S. 35).

daß hierdurch gegen Art. 19 IV GG verstoßen würde¹⁾. Dies wäre selbstverständlich nicht möglich, wenn dem VB-Verfahren die Aufgabe zukäme, irgendwelche Lücken im Rechtsschutz der Instanzgerichtsbarkeit gegen hoheitliche Einzelakte in Primärzuständigkeit zu schließen.

Auch aus § 93 II BVerfGG, in dem es heißt: "Richtet sich die VB gegen ein Gesetz oder gegen einen sonstigen Hoheitsakt, gegen den ein Rechtsweg nicht offen steht.....", kann nicht gefolgert werden, der Gesetzgeber sei davon ausgegangen, daß es Einzelakte gebe, gegen die neben dem VB-Verfahren ein weiterer Rechtsbehelf nicht eröffnet sei. Denn unter derartigen "sonstigen Hoheitsakten" sind nicht "Entscheidungen", d.h. Einzelakte im Sinne des § 93 I BVerfGG zu verstehen²⁾. Gemeint sind damit generelle Normen ohne Gesetzesrang, insbesondere Rechtsverordnungen³⁾.

Das BVerfG stellt mit seinen zulässigkeitsbeschränkenden Regelungen und dem sich daraus ergebenden Grundsatz der Subsidiarität eindeutig klar, daß sich die Primärzuständigkeit des VB-Verfahrens neben dem Erfordernis der Verletzung von Grundrechten und den diesen in § 90 I BVerfGG gleichgestellten Rechten nach formellen prozessualen Gesichtspunkten zu richten hat. Eine Zuständigkeitsbestimmung für das VB-Verfahren nach materiellrechtlichen Gesichtspunkten, die ausschließlich von der Frage abhängig wäre, ob eine materiell-verfassungsrechtliche Streitigkeit vorliegt oder nicht, entspricht ausdrücklich nicht dem objektiven Willen des Gesetzes. Dies wird durch den im Prozeßrecht angesiedelten Grundsatz der Subsidiarität der VB über-

1) Vgl. Stock, JuS 1975, S. 451 ff.; Stock begrenzt seine Aussage ausdrücklich auf Akte der vollziehenden Gewalt, ohne Einbeziehung der Gesetzgebung, da er die vielfach vertretene Ansicht teilt, die Legislative gehöre nicht zur "öffentlichen Gewalt" im Sinne des Art. 19 IV 1 GG (Stock, a.a.O., S. 453, sub cc); vgl. zum Meinungsstand ausführlich unten III a. Damit ist von vornherein dem Einwand der Boden entzogen, die VB gegen Rechtssätze könne ebenfalls keine "andere Zuständigkeit" im Sinne des Art. 19 IV 2 GG darstellen.

2) Vgl. BVerfGE Bd. 28, 88 ff., 92.

3) Lechner, BVerfGG, S. 379; BVerfGE Bd. 13, 248 ff., 253.

deutlich, mögen sich auch noch so starke Assoziationen durch das Begriffspaar "verfassungsrechtliche Streitigkeit" auf der einen - und "VB" auf der anderen Seite anbieten. Denn die VB soll nicht primär verfassungsrechtliche Streitigkeiten schlichten, sondern sie ist - von der die Regel bestätigenden Ausnahme des § 90 II 2 BVerfGG abgesehen - das "letzte Refugium des um seine Grundrechte kämpfenden Bürgers"¹⁾. Der Grundsatz der Subsidiarität der VB, der diesen Wesenszug in entscheidendem Maße prägt, verlangt aus vielfachen guten Gründen die Erschöpfung sämtlicher Rügemöglichkeiten innerhalb der Instanzgerichtsbarkeit, die sich dem BF bieten und seien diese in vereinzelt Fällen auch noch so "inadäquat", wie Schmelter²⁾ befürchtet.

Das BVerfG soll als "oberster Hüter der Verfassung"³⁾ von vermeidbaren VBen entlastet bleiben, damit es sich in vollem Umfange seiner eigentlichen Aufgabe, dem Grundrechtsschutz des einzelnen, widmen kann⁴⁾. Deshalb ist der vorgeschaltete Rechtsweg unbedingt zu erschöpfen, da dadurch vielfach eine Anrufung des BVerfG überflüssig wird. Denn meist wird der Grundrechtsverletzung bereits im Instanzenzuge abgeholfen oder aber der BF wird dort endgültig von seiner irrigen Ansicht überzeugt. In den Fällen, die dann noch an das BVerfG herangetragen werden, bleibt diesem - von Ausnahmen abgesehen - die Mühe der Sachaufklärung und der damit verbundene Reibungsverlust weitgehend erspart.

Dem BVerfG soll vor seiner Entscheidung auch Gelegenheit gegeben werden, die Rechtsauffassung der Instanzgerichte kennenzulernen, damit es sich die Impulse für die Rechtsentwicklung, die häufig

1) Geiger, BAnz., Nr. 30, S. 7, 1.Sp.; vgl. auch Dürig, in: Maunz / Dürig u.a., GG, Rdn. 81 c zu Art. 17 (S. 41), der klarstellt, daß Streitigkeiten des Individuums mit dem Staat über Grundrechte niemals "eigentliche Verfassungsstreitigkeiten" seien. "Im Gegenteil! Für sie wird im "verfassungsgerichtlichen Streit" (d.h. im Verfahren der VB) die primäre Zuständigkeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit gerade vorausgesetzt".

2) a.a.O., S. 178.

3) Vgl. Heyde / Gielen, Hüter der Verfassung, S. 23, sub II.

4) Vgl. oben zweiter Teil, III. a, 2. (S. 25f.).

von der Basis ausgehen, nutzbar machen kann.

Weiterhin hat das VB-Verfahren einen Edukationseffekt in Grundrechtsangelegenheiten zu erfüllen, der nur durch eine zentralisierte Rechtsprechung, d.h. eine Beschränkung auf einen einheitlichen und überschaubaren Richterkreis wirkungsvoll ermöglicht wird¹⁾. In unmittelbarem Zusammenhang damit steht auch die erst kürzlich aufgeworfene Überlegung der Enquete-Kommission²⁾, ob das "Zwillings"-Gericht nicht in ein "Einheits"-Gericht umzuformen sei.

Von entscheidender Bedeutung ist schließlich, daß die behauptete Grundrechtswidrigkeit in dem jeweils mit der Beeinträchtigung zusammenhängenden sachnächsten Verfahren geltend gemacht werden soll³⁾. Denn auch Grundrechte werden nur in Verbindung mit einfachem Recht realisiert und verletzt. Bei sofortiger Beschränkung der Kognition des erstzuständigen Gerichts ausschließlich auf Grundrechtsverletzungen würde die Grundrechtsinterpretation aus dieser lebendigen Sach- und Rechtsambiance, in die das Grundrecht gestellt ist, herausgenommen. Es bestünde die Gefahr der "Desintegration des Rechtslebens", da in die "Integrität der je konkreteren Sach- und Rechtszusammenhänge"⁴⁾ hineinregiert würde.

Die im übrigen recht anzweifelbare rechtspolitische Erwägung, Verwaltungs- bzw. ordentliche Gerichte seien zur Überprüfung von Einzelakten, die "überwiegend vom Verfassungsrecht geprägt"⁵⁾ sind, inadäquat bzw. noch weniger adäquat⁶⁾, und deshalb müsse das VB-Verfahren hier primärzuständig sein, würde dazu führen, daß der Regierung bzw. den Parlamenten ein angeblich qualitativ

1) Vgl. oben zweiter Teil, III., a, 3. (S. 26).

2) BT-Drucks., 7. Wahlp. Nr. 5924, S. 245, r.Sp., sub 4.

3) Vgl. oben zweiter Teil, III., a, 5. (S. 27 f.).

4) So Zacher, BVerfG u. GG, Bd. 1, S. 399 f.

5) So die Umschreibung der verfassungsrechtlichen Streitigkeit im Sinne des § 40 VwGO bei Schmelter, a.a.O., S. 163.

6) So Schmelter, a.a.O., S. 178.

besserer Schutz vor Aufhebung ihrer Einzelakte durch die Gerichte zugebilligt würde. Denn der Wunsch nach einer Erstzuständigkeit des BVerfG in derartigen Streitigkeiten wird wohl auch von der Sorge getragen, daß Einzelakte von höchsten staatlichen Organen eventuell in unsachgemäßer Form durch die erstzuständigen Instanzgerichte vorschnell aufgehoben werden könnten.

Diese Befürchtung wäre bestenfalls gerechtfertigt, wenn die Eingangsgerichte des jeweiligen Instanzenzuges letztzuständig wären. Den Streitparteien stehen aber die Rechtsmittelinstanzen entsprechend den jeweiligen Verfahrensvorschriften zur Verfügung, und auch das BVerfG wird mit seiner besonderen Sachkunde nicht endgültig verdrängt, sondern eine Zuständigkeit ist durch den vorgeschalteten Rechtsweg nur zeitlich hinausgezögert. Gerade dadurch wird eine mehrmalige umfassende Überprüfung des Streitgegenstandes gewährleistet, bei der sich die Sach- und Rechtsambiguität im Normalfalle über Berufung und Revision, von einer anfänglichen Ausgewogenheit ausgehend, allmählich zu einer reinen Rechtsprüfung verlagert, die erst zuletzt auf die Verletzung von Grundrechten und den diesen in § 90 I BVerfGG gleichgestellten Rechten beschränkt ist. Diese behutsame Herauskristallisierung der letztlich entscheidungsrelevanten Rechtsfrage ist als weit adäquater anzusehen, als die erst- und letztinstanzielle Überprüfung eines Einzelaktes durch das BVerfG mit seiner im VB-Verfahren weitgehend eingeschränkten Kognition.

Den Vertretern einer verfassungsrechtlichen Streitigkeit im weiteren Sinne, d.h. ohne Einschränkung durch die Streitparteien, stellt sich das Problem des vielfach beschworenen negativen Kompetenzkonfliktes auch nicht in der extremen Form, daß ihm bei Unzuständigkeit der Verwaltungsgerichte nur durch eine Primärzuständigkeit des BVerfG entronnen werden könnte. Denn der erst in der zweiten Lesung des Hauptausschusses auf Antrag von Brentanos hinzugefügte Satz 2 des Art. 19 IV GG sollte nur jenen Sonderfall verhindern, daß etwa alle Gerichte im Einzelfalle ihre Zuständigkeit ablehnen und damit den Kläger rechtsschutzlos stellen könnten¹⁾. Dies bedeutet, daß nur das BVerfG seine Prüfungspflicht

1) Lerche, Rechtsweg, S. 94.

im Hinblick auf einen zunächst anzurufenden Rechtsweg verneinen könnte, nicht aber das Zivilgericht.

Das BVerfG hat ebenfalls die Zulässigkeit einer Verweisung mit Bindungswirkung an das BVerfG als erstzuständiges Gericht verneint¹⁾. Es führt aus, daß die Möglichkeit der Verweisung auf das Verhältnis der fünf in Art. 95 I GG (damals noch Art. 96 I GG) genannten Zweige der Gerichtsbarkeit begrenzt sei. Denn die in der Verweisungsnorm angeordnete bindende Wirkung würde nicht zu der Befugnis des BVerfG passen, selbst über seine Zuständigkeit zu befinden²⁾.

Ist somit - aus welchen Gründen auch immer - der Rechtsweg zu einem Instanzgericht ausgeschlossen, so ist wegen der Rechtsweggarantie des Art. 19 IV 2 GG der ordentliche Rechtsweg eröffnet, dessen Ausnutzung § 90 II 1 BVerfGG ebenfalls gebietet³⁾.

Der Lösungsvorschlag von Kassimatis und Schmelter krankt auch an der Ungereimtheit, daß das VB-Verfahren bei Streitigkeiten aus dem "Bereich des Verfassungslebens"⁴⁾ nur dann primärzuständig sein solle, wenn die Verletzung von Grundrechten und diesen gleichgestellten Rechten gerügt werde⁵⁾. Dahingegen solle der ordentliche Rechtsweg nach Art. 19 IV 2 GG dann gegeben sein, wenn es sich nur um die Verletzung sonstigen Rechtes handelt.

Schmelter⁶⁾ kann die Bedenken gegen dieses unglückliche Ergebnis auch nicht zerstreuen, wenn er ausführt, daß die praktische Bedeutung einer Zuständigkeit des ordentlichen Rechtsweges gegen-

1) Vgl. Beschluß vom 22.5.1957, DVBl 1958, S. 319, dem noch § 81 BVerwGG zugrundelag; § 91 BVerwGG lautet: "Hält ein oberes Bundesgericht in einem anhängigen Rechtsstreit den beschrittenen Rechtsweg nicht für zulässig, so verweist es die Sache mit bindender Wirkung im Urteil an das zuständige Gericht des ersten Rechtsweges. Die Wirkungen der Rechtshängigkeit bleiben bestehen".

2) Im Ergebnis ebenso Schunck / De Clerck, VwGO (Anm. 2 a zu § 41), für die Verweisungsmöglichkeit nach § 41 VwGO.

3) So auch das BVerfG in BVerfGE Bd. 2, 237 ff., 243 f.

4) So Schmelter, a.a.O., S. 163.

5) So ausdrücklich Schmelter, a.a.O., S. 179, unter Bezugnahme auf Kassimatis, bei gleichzeitiger Ablehnung der These von Lenz, a.a.O., S. 88, der ohne nähere Begründung die Kompetenz der ordentlichen Gerichtsbarkeit zugunsten der Verfassungsgerichtsbarkeit bei Regierungsakten insgesamt verneint.

6) a.a.O., S. 180.

über dem VB-Verfahren hier äußerst gering sei, da dem BF seit dem Elfes-Urteil¹⁾ immer noch eine Berufung auf Art. 2 I GG möglich sei, auch wenn er die Verletzung eines speziellen Grundrechtes nicht geltend machen könne. Denn mit einer Einzelakt-VB kann nach wie vor ein Verstoß gegen die "verfassungsmäßige Ordnung" über Art. 2 I GG nicht gerügt werden, da das BVerfG die durch das Elfes-Urteil begründete Erweiterung seiner Kognition immer auf die Überprüfung von Rechtssätzen beschränkt gehalten hat²⁾.

Offenkundig wird die Systemwidrigkeit der Forderung nach einer Erstzuständigkeit des BVerfG bei Einzelakten im Falle einer Zurückweisung nach § 93 a BVerfGG, von der die überwiegende Mehrzahl der VBen erfaßt wird. In diesem Falle soll dem Betroffenen der Reserverechtsweg nach Art. 19 IV 2 GG wiederum eröffnet sein³⁾. Der ordentliche (Reserve-) Rechtsweg wäre somit die letzte Autorität nach dem BVerfG. Der Rollentausch wäre perfekt.

Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich bereits zwingend, daß die Befürworter einer Erstzuständigkeit des BVerfG bei Rechtssatz-VBen nicht zur Stützung der These herangezogen werden können, das VB-Verfahren könne auch bei hoheitlichen Einzelakten erstzuständig sein. Durch die ausdrückliche Beschränkung der Primärzuständigkeit des BVerfG auf Rechtssatz-VBen wird eine Ausdehnung dieser Erstzuständigkeit auf Einzelakt - VBen gerade verneint.

Wolff, bzw. Wolff/Bachof⁴⁾, die in einem Halbsatz auf die Möglichkeit der Anrechnung von Regierungsakten mittels VB hinweisen und auf die sich Kassimatis⁵⁾ und Schmelter⁶⁾ speziell für

1) BVerfGE Bd. 6, 32 ff.

2) Vgl. im einzelnen zweiter Teil, IV. (S. 38 f.).

3) So Schmelter, a.a.O., S. 179, N. 4.

4) Verwaltungsrecht I, § 46 III b 4.

5) a.a.O., S. 221, N. 54 (Kassimatis zitiert noch Wolff, Verwaltungsrecht I, 5. Aufl., S. 255).

6) a.a.O., S. 178, N. 37.

den Bereich der Einzelakt-VB beziehen, haben sich lediglich dahingehend geäußert, daß bei behaupteter Verletzung eines Grundrechts oder eines der anderen in Art. 93 I Nr. 4 a GG genannten Rechte die VB eröffnet sei. Sie haben aber keinerlei Andeutung dahingehend gemacht, daß bei derartigen hoheitlichen Einzelakten von dem Grundsatz der Subsidiarität der VB abgerückt werden könnte. Sollten sie dies wirklich mit ihrem Halbsatz gemeint haben, so wäre eine eindeutige Klarstellung zu erwarten gewesen, da von Wolff an anderer Stelle¹⁾ die Erschöpfung des Rechtsweges vor Erhebung der VB ausdrücklich gefordert wird. Auch die Stelle von Wolff²⁾, "Petitionsbescheide von Volksvertretungen bzw. ihrem Petitionsausschuß sind, weil sie nicht regeln, nur mit der VB angreifbar", hilft schwerlich eine Erstzuständigkeit des BVerfG zu begründen. Denn wie bereits dargelegt, ist § 90 I BVerfGG das verfassungsprozessuale Pendant zu § 42 II VwGO³⁾. Wenn nun die Klage vor dem Verwaltungsgericht mangels Regelung nicht zulässig ist, so gilt dasselbe auch für die VB. Sehr deutlich und überzeugend hat dies Seuffert⁴⁾ klargestellt.⁵⁾

1) Wolff III, § 165, I a 3.

2) Wolff III, § 166, III f 3.

3) Vgl. oben, S. 89, N. 1.

4) Festschrift für Müller, S. 491 f.

5) Wolff, a.a.O., bezieht sich bei seiner Feststellung im übrigen auf den bayerischen Verfassungsgerichtshof (bay. VerfGHE N.F. Bd. 10, S. 20 ff., 25) dessen Entscheidung in der Lehre keine Zustimmung fand (vgl. Dürig, in: Maunz / Dürig u.a., GG, Rdn. 81 zu Art. 17; zum ganzen auch Dagtoglou, BK, Rdn. 144 zu Art. 17 GG). An dieser Stelle ist nicht zu entscheiden, ob die Ansicht des bayerischen Verfassungsgerichtshofs im Einklang mit der von ihm zu beachtenden speziellen Verfahrensordnung stand. Auf jeden Fall aber kann die Auffassung des bayerischen Verfassungsgerichtshofs nicht auf das vorliegend zu untersuchende VB-Verfahren übertragen werden, da der bayerischen VB durch den dortigen Landesgesetzgeber eine völlig andere Rolle zugewiesen ist, als der VB zum BVerfG. Die bayerische VB ist nicht auf die Verletzung von Grundrechten beschränkt. Sie ist darüberhinaus sogar als sogenannte Popularklage zulässig; eine Regelung ist nicht unbedingt erforderlich (vgl. Art. 98 S. 4 bayVerf). Sie ist ein mit Grundrechtsrang ausgestattetes spezifisches Rechtsmittel, das der verfahrensrechtlichen Durchsetzung verfassungsmäßiger Rechte dient; vgl. Schmidt-Bleibtreu, in: Maunz / Schmidt-Bleibtreu u.a., BVerfGG, Rdn. 9 zu § 90, m.w.N.

Den Befürwortern eines umfassenden materiellrechtlichen Begriffes der verfassungsrechtlichen Streitigkeit ohne Eingrenzung durch die Streitparteien stellt sich in der Tat die traurige Konsequenz, daß sie von dem ihrer Ansicht nach inadäquaten Verwaltungsrechtsweg auf den aus dieser pessimistischen Perspektive noch weniger adäquaten ordentlichen (Reserve-) Rechtsweg absinken. Im Lichte der Erkenntnis, daß Einzelakte wegen des Grundsatzes der Subsidiarität der VB jedenfalls nicht sofort mittels VB anfechtbar sind, sollte die Wahl zwischen zwei "Übeln" auf das kleinere fallen. Dieses Ergebnis entspräche auch der durch Lerche¹⁾ vorgeschlagenen Neufassung des Art. 19 IV 2 GG, die nach seiner Ansicht lauten sollte: "Soweit eine andere Zuständigkeit nicht begründet ist, ist der "sachentsprechende"²⁾ Rechtsweg gegeben"³⁾. Dieser "sachentsprechende" Rechtsweg wäre bei einer Verletzung der subjektiven Rechte des einzelnen durch die öffentliche Gewalt mittels eines Einzelaktes der Verwaltungs- und nicht der ordentliche Rechtsweg. Damit wäre auch die weitere, gesetzlich ebenfalls nicht geklärte Frage obsolet, ob beim ordentlichen Rechtsweg das Amts- oder Landgericht erstzuständig ist und welche Verfahrensgesetze zur Anwendung kommen sollen⁴⁾.

4.) Zusammenfassung

Einzelakte der obersten Staatsorgane können - von der Ausnahme

1) Lerche, Rechtsweg, S. 91 ff., 93, lehnt im übrigen eine Primärzuständigkeit des BVerfG im VB-Verfahren ab.

2) Vom Verfasser hervorgehoben.

3) Lerche, a.a.O., S. 93.

4) Nach Kassimatis, a.a.O., S. 223, üben die ordentlichen Gerichte im Falle ihrer Reservezuständigkeit Verwaltungsgerichtsbarkeit aus. Deshalb sollen sie sich nach dem Verwaltungsprozeßrecht richten. Die ganze Kalamität der Lehre, die den Begriff der verfassungsrechtlichen Streitigkeit im Sinne des § 40 VwGO nicht durch die Streitparteien eingrenzt, ohne daß die bestehenden Verfahrensgesetze nur im Entferntesten darauf zugeschnitten wären, wird hier nochmals deutlich. Bei der Verletzung von Grundrechten, welche die Primärzuständigkeit des BVerfG begründen soll, wartet der BF oft Jahre auf die Entscheidung, ohne daß der Einzelakt zwischenzeitlich in seiner Rechtswirksamkeit beeinträchtigt wäre. Denn der VB kommt kein Suspensiv-effekt zu (vgl. Schmidt-Bleibtreu, in: Maunz / Schmidt-Bleibtreu u.a., BVerfGG, Rdn. 17, sub d zu § 90). Weit besser ist dagegen für denjenigen gesorgt, der nur wegen Verletzung sonstiger subjektiver Rechte den ordentlichen Rechtsweg beschreiten kann.

des § 90 II 2 BVerfGG abgesehen - nicht unmittelbar mittels VB angefochten werden. Folgt man der überwiegenden Ansicht, die den Begriff der verfassungsrechtlichen Streitigkeit im Sinne des § 40 I VwGO durch die Streitparteien eingrenzt und nicht jeden "überwiegend vom Verfassungsrecht geprägten Sachverhalt" der Kognition der Verwaltungsgerichte entzieht, so unterliegen derartige Einzelakte der Überprüfung durch die Verwaltungsgerichte, sobald sie regelnd wirken. Sofern die weiteren Zulässigkeitsvoraussetzungen des § 90 I BVerfGG gegeben sind, kann der Betroffene nach Erschöpfung des Verwaltungsrechtsweges VB erheben.

Sollte der Betroffene durch einen Einzelakt der öffentlichen Gewalt in seinen subjektiven Rechten verletzt sein, der Verwaltungsrechtsweg mangels einer Streitigkeit "nicht-verfassungsrechtlicher Art" aber für nicht gegeben erachtet werden, so kommt eine Anrufung des BVerfG als primär zuständiges Gericht mittels VB wegen des Grundsatzes der Subsidiarität nicht in Betracht. Den Anhängern eines weiten Begriffs der verfassungsrechtlichen Streitigkeit im Sinne des § 40 VwGO verbleibt nur der ordentliche (Reserve-) Rechtsweg des Art. 19 IV 2 GG mit allen sich daraus ergebenden Ungereimtheiten.

III. Die Rechtssatz-VB und der Grundsatz der Subsidiarität

- a) Das Spannungsverhältnis zwischen Art. 19 IV 2 GG und § 90 II 1 BVerfGG

Die Gesamtschau dieser beiden Vorschriften wirft die Frage auf, in welchem Verhältnis die Rechtssatz-VB, die ebenfalls wie die Einzelakt-VB durch Art. 93 I Nr. 4 GG und § 90 I BVerfGG institutionalisiert ist, zu der in Art. 19 IV 2 GG hilfsweise gewährten Klagemöglichkeit steht. Das Problem wird deshalb bei der Rechtssatz-VB relevant, da es gegen Normen im Gegensatz zu hoheitlichen Einzelakten einen Rechtsweg im Sinne des Art. 95 I GG nicht gibt¹⁾. Es verbleibt somit - von der speziellen Regelung

1) Schmidt-Bleibtreu, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu u.a., BVerfGG, Rdn. 194 zu § 90.

des § 47 VwGO einmal abgesehen – lediglich der ordentliche (Reserve-) Rechtsweg als vorab zuerschöpfender Rechtsweg im Sinne des § 90 II 1 BVerfGG.

Nach Art. 19 IV 2 GG ist der ordentliche Rechtsweg gegeben, "soweit eine andere Zuständigkeit nicht begründet ist". Dagegen ist nach § 90 II 1 BVerfGG vor Erhebung der VB die "Erschöpfung des Rechtsweges" geboten, sofern "gegen die Verletzung der Rechtsweg zulässig" ist.

Eine Kollision dieser Regelungen würde die Gefahr eines negativen Kompetenzkonfliktes heraufbeschwören, sofern sie sich gleichberechtigt gegenüberstünden, da sowohl in Art. 19 IV 2 GG als auch in § 90 II 1 BVerfGG eine Reservezuständigkeit normiert ist. Der VB-Weg wäre eine andere Zuständigkeit im Sinne des Art. 19 IV 2 GG. Er würde somit den hilfsweise gegebenen ordentlichen Rechtsweg verschließen. Aber auch die Erhebung einer VB wäre nicht zulässig, da nach § 90 II 1 BVerfGG zunächst der Rechtsweg zu erschöpfen wäre, wozu auch die Möglichkeit gehören würde, den ordentlichen (Reserve-) Rechtsweg nach Art. 19 IV 2 GG zu beschreiten. Aus diesem "circulus vitiosus" gäbe es keinen Ausweg¹⁾.

Die Gefahr eines negativen Kompetenzkonfliktes im Bereich der Rechtssatz-VB besteht allerdings nur dann, wenn die Gesetzgebung sowohl durch den Begriff der "öffentlichen Gewalt" im Sinne des § 90 I BVerfGG als auch des Art. 19 IV GG erfaßt wird.

Nach einhelliger Ansicht erstreckt sich die "öffentliche Gewalt" im Sinne des § 90 I BVerfGG auf alle drei Gewalten²⁾. Streitig ist jedoch, ob der Individualrechtsschutz gegen die normsetzende Gewalt ebenfalls durch Art. 19 IV GG garantiert wird.

Sofern man mit der Rechtsprechung und einem Teil der Lehre eine Klagemöglichkeit gegen Akte der Legislative nach Art. 19 IV GG

1) So Leibold, Diss. S. 43; vgl. auch Büsser, Diss. S. 23 u. Schmelter, a.a.O., S. 174, N. 17.

2) Vgl. oben I. a (S. 59 f.).

verneint¹⁾, taucht das Problem des negativen Kompetenzkonfliktes nicht auf, da es dann einen vorab zu erschöpfenden Rechtsweg nicht gibt.

1.) Die "öffentliche Gewalt" im Sinne des Art.
19 IV GG

Der Ansicht, Art. 19 IV GG erstrecke sich nicht auf Akte der Rechtssetzung, ist zuletzt Schmelter²⁾ mit überzeugender Begründung entgegengetreten³⁾. Es wird deshalb auf die Ausführungen Schmelters Bezug genommen⁴⁾.

- 1) So Erichsen, Staatsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit, I, S. 121, 123; Friesenhahn, Dt. Verwaltung, 1949, S. 482; Hesse, Grundzüge, S. 143; Klein, VVDStRL Bd. 8 (1950), S. 106; Lechner, BVerfGG, S. 367; Leibholz / Rinck, GG, Anm. 7 zu Art. 19; Leibholz / Rupprecht, BVerfGG, Rdn. 79 zu § 90; von Mangoldt / Klein, GG, Anm. VII 2 d zu Art. 19 (S. 571); Schmidt-Bleibtreu, in: Maunz / Schmidt-Bleibtreu u.a., BVerfGG, Anm. 194 zu § 90; Meessen, DÖV 1970, S. 320; Obermayer, Rechtsakt, S. 37; H. Schäfer, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 170; Scherer, Diss. S. 290 unter Berufung auf Menger, System, S. 86, der diese Frage jedoch offengelassen hat; dieselbe, a.a.O., S. 296; Schmidt-Bleibtreu / Klein, GG, Anm. 26 zu Art. 19; R. Schneider, ZZP Bd. 79 (1966), S. 18; Seuffert, Müller-Festschrift, S. 492; LVG Koblenz, in: JZ 1951, S. 372; BVerfGE Bd. 24, 33 ff., 33 u. 49 f.; 24, 367 f., 401; 31, 364 ff., 367 f.; BVerwG, in: DVBl 1963, S. 441; VG Köln, DVBl 1965, S. 882 ff.; krit. von Mutius, VerwArch Bd. 63 (1972), S. 207 ff.
- 2) a.a.O., S. 73 ff.
- 3) Inwieweit auch die Gerichte zur öffentlichen Gewalt im Sinne des Art. 19 IV GG zu zählen sind (vgl. Wernicke, BK, Anm. II 4 e: "Art. 19 IV will sicherlich nicht die Rechtsprechung gegen die Rechtsprechung mobilisieren"), kann bei der hier zu untersuchenden Rechtssatz-VB und der damit verbundenen Gefahr eines negativen Kompetenzkonfliktes dahinstehen. Denn diese besteht nur dann, wenn Art. 19 IV GG auch lückenlosen Rechtsschutz gegen die Legislative garantiert.
- 4) Schmelter, a.a.O., S. 78, gliedert seine Untersuchung in Anlehnung an Friedrich Müller in methodologische Elemente im engeren Sinne, d.h. grammatische, systematische, historisch-genetische und teleologische Auslegungskriterien. Zur Unterstützung zieht er dann noch methodologische Elemente im weiteren Sinne heran, zu denen er theoretische, dogmatische und rechts- bzw. verfassungspolitische Kriterien zählt.

aa) Grammatische Auslegung

Nach der grammatischen Auslegung ergeben sich keine Anhaltspunkte dafür, daß durch den Begriff "öffentliche Gewalt" eine Differenzierung nach der Rechtsnatur bzw. nach dem Auktor des hoheitlichen Eingriffs getroffen werden soll bzw. kann. Vielmehr umfaßt der in Art. 19 IV GG einschränkungslos gebrauchte Wortlaut " die öffentliche Gewalt" die Akte aller drei Staatsgewalten im Sinne der Gewaltenteilungslehre und somit auch die gesetzgebende Gewalt.¹⁾

bb) Systematische Auslegung

Der im Wege der grammatischen Auslegung ermittelte Wortsinn wird auch durch die systematische Interpretationsmethode bestätigt. Art. 1 II GG postuliert die Verpflichtung " aller staatlichen Gewalt ", die Unantastbarkeit der Menschenwürde zu achten. In Art. 1 III GG werden dann sämtliche Tätigkeitsbereiche der öffentlichen Gewalt wie folgt erfaßt: "Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht". Das Grundgesetz definiert also die Staatsgewalt selbst als die Gesamtheit der historisch überkommenen Gewaltendreiteilung. In Art. 20 II 2 GG werden die in Art. 1 III GG allgemein aufgezählten drei Gewalten zu deren speziellen Organen in Bezug gesetzt. In Art. 19 IV 1 GG werden die Gerichte alsdann aus der Gewaltendreiteilung herausgenommen, um die verbliebenen zwei Gewalten - die Legislative und die Exekutive - zu kontrollieren. Der Rechtsschutz gegen die Legislative ist somit ebenfalls garantiert.²⁾

cc) Historisch-genetische Auslegung³⁾

Durch die Kenntnis der historischen und genetischen Gegebenheiten kann der Sinngehalt des Gesetzes zwar gefördert, aber niemals end-

1) Vgl. im einzelnen Schmelter, a.a.O., S. 79/83.

2) Vgl. im einzelnen Schmelter, a.a.O., S. 83/92.

3) Vgl. zu diesem Doppelbegriff unten vierter Teil, II., a, 3.

gültig gesichert werden. Denn jede Norminterpretation hat das für den Zeitpunkt der Auslegung geltende Telos zu ermitteln¹⁾. Je älter nun die Norm ist, bzw. je stärker die Vorstellung des Gesetzgebers bei ihrer Schaffung von früheren Vorläufern geprägt war, desto mehr verliert der Wille des Gesetzgebers als Konkretisierungselement an Gewicht.

Die historische Auslegung, die zur Interpretation Normvorläufer heranzieht, ist wegen der verfassungsgeschichtlichen Neuheit des Art. 19 IV GG unergiebig³⁾.

Über die Entstehungsgeschichte - mit ihr beschäftigt sich die genetische Interpretationsmethode - liegen nur dürftige und kaum exakt auswertbare Quellen vor⁴⁾. Die Ansichten, ob der damalige Verfassungsgesetzgeber unter öffentlicher Gewalt im Sinne des Art. 19 IV GG nur Akte der vollziehenden Gewalt oder aber auch des Gesetzgebers verstanden habe, gehen dementsprechend auseinander⁵⁾.

1) Von Bally, Diss. S. 35.

2) Vgl. Ehmke, VVDStRL Bd. 20 (1963), S. 59 f.; Zippelius, BVerfG u. GG Bd. 2, S. 118, sub B u. ausführlich unten vierter Teil, II., a, 3.

3) Schmelter, a.a.O., S. 92/94.

4) Vgl. die Zusammenfassung der amtlichen Materialien bei von Demming / Füsslein / Matz, JÖR (N.F.) Bd. 1 (1951), S. 176 f., 183/185 u. F. Klein, VVDStRL Bd. 8 (1950), S. 78.

5) Vgl. von Bally, Diss. S. 35 u. ders. N. 11, der die Ansicht vertritt, daß das Vorstellungsbild des damaligen Gesetzgebers "wohl nur" Akte der vollziehenden Gewalt beinhaltet haben soll, sowie Schmelter, a.a.O., S. 94/98, nach dem die entstehungsgeschichtliche Exegese zu einer umfassenden Bedeutung des Begriffs "öffentliche Gewalt" führe. Bezeichnend für den geringen Aussagewert der Materialien ist in diesem Zusammenhang, daß sich beide Autoren zur Stützung ihrer sich widersprechenden Thesen unter anderem auf dieselben Autoren (von Mangoldt u. Thoma) beziehen, vgl. Schmelter, a.a.O., S. 97, N. 102 u. 103 u. von Bally, a.a.O., S. 35, N. 11.

Auf die vorliegende Untersuchung bezogen bedeutet dies folgendes:

Aus rechtsstaatlichen Gründen bildet der Wortlaut des Gesetzes die Grenze der Bandbreite zulässiger Normkonkretisierung¹⁾. Die grammatische Auslegung entfaltet in "positiver Richtung" - wie alle anderen Auslegungsmethoden - nur ein Indiz. In "negativer Richtung" kommt ihr dagegen eine unwiderlegbare Grenzwirkung zu²⁾. Sofern nun überhaupt davon ausgegangen werden sollte, daß Art. 19 IV GG nach der genetischen Auslegung nur Akte

-
- 1) Hesse, Grundzüge, S. 31; F. Müller, Probleme der Verfassungsinterpretation, S. 205 f.; ders. Juristische Methodik, S. 85; Zippelius, BVerfG u. GG, Bd. 2, S. 115; a.A. Ehmke, a.a.O., S. 60, nach dem sich der Gesetzesinterpret über den Wortlaut der Verfassungsnorm hinwegsetzen kann, sofern sie "keinen Ansatzpunkt für eine sinnvolle Problemlösung" biete. Aufbauend auf seiner topischen Interpretationslehre (vgl. Böckenförde, NJW 1976, S. 2091 f.) zieht Ehmke zur Verobjektivierung der Verfassungsnorm einen "Konsens aller Vernünftig- und Gerech-Denkenden" heran, a.a.O., S. 71. Auch wenn die extreme Ansicht Ehmkes bei der Lösung des vorliegenden Problems nicht relevant wird, da der Wortlaut "öffentliche Gewalt" sicherlich nicht einer sinnvollen Problemlösung entgegensteht, so ist einer Auslegung gegen den Wortlaut der Verfassungsnorm im "Konsens aller Vernünftig- und Gerech-Denkenden" doch mit Entschiedenheit zu widersprechen. Zum einen könnte dann unter dem Etikett "Verfassungswandel" schlicht Verfassungsauslegung gegen die Verfassung praktiziert werden (so Stern, Staatsrecht, I, S. 115; vgl. auch Hesse, a.a.O., S. 30 f.). Zum anderen bleibt Ehmke die Antwort schuldig, wie denn der "Konsens aller Vernünftig- und Gerech-Denkenden" festzustellen und der Gefahr einer eventuellen Unterdrückung des Gesetzgebers durch das BVerfG vorzubeugen sei. Zur Verdeutlichung mag folgendes Zitat dienen: "Das Recht steht über Stimmungen, Volksmeinungen, Umfragen, Statistiken, es steht über Schlagzeilendemagogie und tagespolitischer Spekulation. Das "gesunde Volksempfinden" hat sich in der Geschichte meistens als krank erwiesen, und nicht nur im Lande der häßlichen Deutschen", so der gerade in diesem Zusammenhang völlig unverdächtige Heinrich Boell, in: "Briefe zur Verteidigung der Republik".
- 2) F. Müller, Probleme der Verfassungsinterpretation, S. 250 f.

der vollziehenden Gewalt zuzuordnen seien¹⁾, könnte dies das gehaltene Ergebnis nicht erschüttern. Denn im Falle widersprüchlicher (Teil-)Ergebnisse gehen die unmittelbar normbezogenen Elemente den übrigen, nicht unmittelbar normbezogenen Faktoren des Konkretisierungsvorganges vor²⁾. Innerhalb der methodologischen Elemente im engeren Sinne dominieren die grammatische und systematische Auslegung, da sie sich unmittelbar auf den Normtext beziehen³⁾.

dd) Teleologische Auslegung

Sinn und Zweck des Art. 19 IV GG deuten ebenfalls daraufhin, daß durch diese Vorschrift lückenloser Rechtsschutz garantiert werden sollte. Denn die nach dem Wortlaut einschränkungslose Eröffnung des Rechtsweges läßt den Schluß zu, daß Rechtsschutz gegen jeden individualrechtsverletzenden Akt der öffentlichen Gewalt ohne Unterschied des jeweils handelnden Trägers und der Art des Eingriffs gewährt werden soll⁴⁾.

ee) Methodologische Elemente im weiteren Sinn

Diese Hilfsgesichtspunkte sind nur dann zu bemühen, wenn die vorstehend abgehandelten Interpretationsmethoden nicht zu einem sicheren Ergebnis führen. Davon kann jedoch im Hinblick auf den eindeutigen Wortlaut und die systematische Stellung im Gesetz nicht ausgegangen werden⁵⁾.

1) Vgl. von Bally, Diss. S. 35, m.w.N. in N. 11

2) F. Müller, a.a.O., S. 261 f.

3) Schmelter, a.a.O., S. 79, N. 26.

4) Vgl. im einzelnen Schmelter, a.a.O., S. 98 f.

5) Im Ergebnis ebenso Bachof, AöR Bd. 86 (1961), S. 187; ders., Die verwaltungsgerichtliche Klage, S. 17 f.; Bettermann, AöR Bd. 86 (1961), S. 157 f.; Büsser, Diss. S. 22 f.; Dagtoglou, Ersatzpflicht, S. 22 f.; Dicke, DöV 1969, S. 554, 557; Dürig, in: Maunz / Dürig u.a., GG, Rdn. 18 zu Art. 19 IV; Hamann / Lenz, GG, Rdn. 14 zu Art. 19; von der Heydte, VVDStRL Bd. 8 (1950), S. 162f.; Henke, JZ 1969, S. 147; Jerusalem, SJZ 1950, S. 1 ff.; Lerche, Rechtsweg, N. 331; ders., DVBl 1954, S. 627, N. 18; Lorenz, Der Rechtsschutz, S. 163 f.; Maurer, Kern-Festschrift, S. 280; H. Peters, Entwicklung und Grundlagen, S. 281; Schmelter, a.a.O., S. 109; Seiwert, Diss. S. 33; Ule, Bonner GG, S. 33; Wernicke, BK, Erl. II e zu Art. 19 GG.

ff) Ergebnis

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, daß sich die Rechtsschutzgarantie des einzelnen gegen individualrechtsverletzende Akte der öffentlichen Gewalt auch auf die Gesetzgebung erstreckt.

2.) Die Rechtssatz-VB als "andere Zuständigkeit"

Die bisher vertretene Ansicht führt nun aber keinesweg zu dem vielfach beschworenen "negativen Kompetenzkonflikt" durch eine sich gegenseitig ausschaltende Rechtswegzuweisung nach Art. 19 IV 2 GG und § 90 II 1 BVerfGG bzw. zu einer Erstzuständigkeit des ordentlichen Rechtsweges nach Art. 19 IV 2 GG bei Normen.

Denn mit der Rechtssatz-VB wurde dem Bürger das prozessuale Instrument an die Hand gegeben, mit dem er den durch Art. 19 IV GG auch gegen die Legislative gewährten Individualrechtsschutz im Einzelfall verwirklichen kann. Die Rechtssatz-VB ist die verfahrensrechtliche Konsequenz der Rechtsschutzgarantie gegen individualrechtsverletzende Normen, vergleichbar mit dem auf einer anderen Ebene stehenden verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz gegen Akte der vollziehenden Gewalt.

Der nur hilfsweise gewährte ordentliche Rechtsweg des Art. 19 IV GG ist lediglich auf der Stufe des Primärrechtsschutzes gegen Akte der vollziehenden Gewalt angesiedelt. Es kann somit zwischen ihm und der Rechtssatz-VB ein Kompetenzkonflikt überhaupt nicht entstehen. Insoweit fehlt es an der Gleichberechtigung der beiden Verweisungsvorschriften. Denn der nur hilfsweise gewährte ordentliche Rechtsweg sollte lediglich dann eingreifen, wenn der nach Ansicht des Gesetzgebers bereits lückenlos gewährte Rechtsschutz wider allen Erwartens einmal versagen würde, so z.B. wenn alle Gerichte im Einzelfall ihre Zuständigkeit ablehnen sollten¹⁾. Diese Konstellation kann es aber zwischen dem (Reserve-) Rechtsweg des Art. 19 IV 2 GG und der Rechtssatz-VB

1) Vgl. oben II., c, 3. (S.92 f.).

nicht geben. Denn zur unmittelbaren Überprüfung von Normen auf Initiative des einzelnen hin gibt es neben § 47 VwGO nur die Rechtssatz-VB als spezielle prozessuale Institution.

Sobald der Gesetzgeber zum Schutz des einzelnen ein spezielles Gericht einsetzt, besteht eine den Gewährleistungsrahmen des Art. 19 IV GG ausfüllende Gerichtsschutzmöglichkeit, die damit zum Bestandteil des von der Rechtsweggarantie geschützten Standards wird¹⁾. Der das prozessuale Vakuum hilfsweise füllende ordentliche (Reserve-) Rechtsweg weicht der jeweiligen speziellen Gerichtsschutzmöglichkeit. Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb nach dem Wortlaut des Art. 19 IV GG nicht auch der besonderen bundesverfassungsgerichtlichen Zuständigkeit zur Nachprüfung von Rechtssätzen auf ihre Grundrechtskonformität gem. Art. 93 I Nr. 4 a GG, § 90 I BVerfGG ein Vorrang zukommen soll²⁾. Deshalb kann der Ansicht nicht zugestimmt werden, die für den "Rechtsweg" im Sinne des Art. 19 IV 1 GG die Verfassungsgerichte ohne Einschränkung nicht in Betracht zieht³⁾.

Die vorstehend zitierten Meinungen stehen allerdings nicht in unmittelbarer Kollision zu der hier vertretenen Ansicht. Denn ihre Vertreter haben zum Verhältnis von Rechtssatz-VB und ordentlichem (Reserve-) Rechtsweg nach Art. 19 IV GG überhaupt keine Stellung nehmen wollen und können, da sie allesamt davon ausgehen, daß sich die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 IV GG nicht auf Normen erstreckt⁴⁾. Sie hatten mit ihrer Aussage wohl nur die Streitigkeiten im Auge, "die in der spezifischen Verfassungsrechtssphäre liegen und in den Bereich der Staatsgerichtsbarkeit fallen"⁵⁾, nicht aber die Rechtssatz-VB, die dem

1) Vgl. Lorenz, Rechtsschutz, S. 251 f.

2) Wernicke, BK, II 4 f. *Ä* (S. 16) zu Art. 19 GG.

3) So z.B. Friesenhahn, DöV 1949, S. 483 f.; F. Klein, VVDStRL Bd. 8 (1950), S. 93; von Mangoldt / Klein, GG, Anm. VII 5 b zu Art. 19 (S. 574); BVerfGE Bd. 1, 322 ff., 344 f.

4) Vgl. oben S. 104, N. 1.

5) So F. Klein, a.a.O., S. 93, N. 57.

Individualrechtsschutz zu dienen bestimmt ist. Denn soweit sie hier überhaupt eine Aussage getroffen haben, stellen sie ausdrücklich klar, daß ein vorab zu erschöpfender Rechtsweg bei VBEn gegen Akte der Rechtsetzung¹⁾ ausscheidet.

Aus der Sicht des § 90 II 1 BVerfGG ergibt sich ebenfalls der Vorrang der Rechtssatz-VB vor dem ordentlichen (Reserve-) Rechtsweg. Denn nach Sinn und Zweck dieser Regelung ist die Erschöpfung des Rechtsweges nur dann erforderlich, wenn der Weg zum BVerfGG mit demjenigen zu einem anderen Gericht konkurriert²⁾. Bei Rechtsnormen ist ein Konkurrenzverhältnis von primärzuständigen bundesgesetzlichen Individualrechtsschutzformen mangels weiterer gesetzlicher Regelung nur zwischen der Rechtssatz-VB und dem verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren gem. § 47 VwGO möglich.

3.) Exkurs: Das Verhältnis des verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahrens nach § 47 VwGO zur Rechtssatz-VB

Ursprünglich war das Verhältnis dieser beiden Vorschriften umstritten³⁾, obwohl der Grundsatz der Subsidiarität der VB schon immer den Vorrang des verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahrens gefordert hat⁴⁾. Denn dieses Verfahren war durchaus geeignet, im Rahmen seines tatbestandlichen Geltungsbereiches der Grundrechtsverletzung des BF abzuhelpen. Wäre diese Frage einmal beim BVerfGG zur Entscheidung angestanden, so kann als

-
- 1) Vgl. Schmidt-Bleibtreu, in: Maunz / Schmidt-Bleibtreu u.a., BVerfGG, Rdn. 194 zu § 90, N. 1 (S. 146 f.), unter Bezugnahme auf Lechner, R. Schneider, Scherer u. Leibholz/ Rupprecht, die übereinstimmend davon ausgehen, daß durch die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 IV GG die Akte des Gesetzgebers nicht erfaßt werden (vgl. oben S. 104.N.1).
 - 2) Leibold, Diss. S. 47.
 - 3) Vgl. Schmidt-Bleibtreu, in: Maunz / Schmidt-Bleibtreu u.a., BVerfGG, Rdn. 202 a, N. 1 (S. 156) zu § 90; Schrickel, Diss. S. 156 ff., jeweils m.w.N.
 - 4) Vgl. zuletzt zu § 47 VwGO, a.F., Vehse u. Hammann, Der Gemeindetag, S. 62 ff., 64, die sich mit zutreffender Begründung gegen die durch den hessischen Verwaltungsgerichtshof in ständiger Rspr. vertretene gegenteilige Ansicht wenden.

sicher unterstellt werden, daß es das verwaltungsgerichtliche Normenkontrollverfahren bei konsequenter Anwendung des von ihm entwickelten Grundsatzes der Subsidiarität der VB ebenfalls als "Rechtsweg" im Sinne des § 90 II 1 BVerfGG gewertet hätte.

Nach der Neufassung des § 47 VwGO¹⁾ besteht aber kein Zweifel mehr darüber, daß das Verfahren nach § 47 VwGO ebenfalls grundsätzlich vor Erhebung der VB zu erschöpfen ist²⁾. Der Gesetzgeber, der das Normenkontrollverfahren nach § 47 VwGO als Rechtsweg im Sinne des § 90 II 1 BVerfGG angesehen hat³⁾, hielt wegen des "Grundsatzes der Subsidiarität der VB"⁴⁾ eine ausdrückliche gesetzliche Klarstellung sogar für überflüssig⁵⁾.

Es bleibt somit festzuhalten, daß zwischen der Rechtssatz-VB und dem ordentlichen (Reserve-) Rechtsweg ein Kompetenzkonflikt nicht möglich ist, da § 90 I BVerfGG in seiner Stoßrichtung auf grundrechtsverletzende Normen *lex specialis* zu Art. 19 IV GG ist. Auch den Vätern des Grundgesetzes war bereits die Funktion des ordentlichen Rechtsweges als Reserverechtsweg, der auch hinter einer verfassungsgerichtlichen Zuweisung zurücktreten sollte, bewußt⁶⁾. Denn der Abgeordnete von Brentano wies bereits in einer Sitzung des Hauptausschusses des Parlamentarischen Rates⁷⁾ darauf hin, "daß in jedem Fall, in dem nicht durch ein besonderes Gesetz ein anderer Rechtsweg - an das Verwaltungsgericht oder das Verfassungsgericht - gegeben ist, der ordentliche Richter verpflichtet ist, sich der Sache anzunehmen".

§ 93 II BVerfGG kann ebenfalls als Klarstellung des Gesetzgebers dahin aufgefaßt werden, daß das BVerfG zur Überprüfung

1) Vom 24.8.1976 (BGBl I, S. 2437).

2) So auch die seither erfolgten Stellungnahmen in der Literatur, vgl. Kopp, VwGO, Anm. 7 b zu § 47; Schmidt-Bleibtreu, in: Maunz / Schmidt-Bleibtreu u.a., BVerfGG, Rdn. 202 a zu § 90; Schunck / De Clerck, VwGO, Anm. 4 a, aa zu § 47.

3) BT-Drucks., 7/4324, S. 10.

4) BT-Drucks., a.a.O.

5) BT-Drucks., a.a.O.

6) Dies verkennt von Bally, Diss. S. 48, der im übrigen zutreffend von einer Erstzuständigkeit des BVerfG bei Rechtssatz-VBen ausgeht.

7) 44. Sitzung des Hauptausschusses des Deutschen Bundestages vom 19.1.1949 (HA-Steno, S. 591 = JÖR, N.F., Bd. 1, S. 155).

der Rechtssatz-VB erstzuständiges Gericht sein soll. Denn dort heißt es: "Richtet sich die VB gegen ein Gesetz oder gegen einen sonstigen Hoheitsakt, gegen den ein Rechtsweg nicht offensteht". Die Einschränkung kann sich dann nur auf das verwaltungsgerichtliche Normenkontrollverfahren nach § 47 VwGO beziehen, das dem Bereich des "sonstigen Hoheitsaktes" zuzuordnen ist¹⁾, da damit generelle Normen ohne Gesetzesrang zu verstehen sind.

Für einen Vorrang der Rechtssatz-VB vor dem ordentlichen (Reserve-) Rechtsweg spricht auch die stärkere Kraft der Subsidiaritätsklausel in der Verfassungsnorm des Art. 19 IV GG "soweit eine andere Zuständigkeit nicht begründet ist" gegenüber der schwächeren Rechtswegerschöpfungsklausel der einfachen Gesetzesbestimmung des § 90 II 1 BVerfGG²⁾.

Die Subsidiaritätsklausel des § 90 II 1 BVerfGG verweist deshalb im Bereich der Rechtssatz-VB bis auf den kleinen Bereich des verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahrens nach § 47 VwGO auf sich selber³⁾. Die Rechtssatz-VB ist die bundesgesetzliche Konkretisierung der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 IV GG auf dem speziellen Sektor des Grundrechtsschutzes gegen Normen⁴⁾. Soweit das Normenkontrollverfahren nach § 47 VwGO keine Anwendung findet, ist das BVerfG hier erstzuständiges Gericht. Der ordentliche (Reserve-) Rechtsweg tritt hinter dieser spezialgesetzlichen Regelung als nur für den Notfall zusätzlich gewährter Auffangtatbestand, der nur greifen soll, wenn die speziellen Rechtsschutzmöglichkeiten versagen, zurück⁵⁾.

1) Vgl. Lechner, BVerfGG, S. 379; BVerfGE Bd. 13, 248 ff., 253.

2) So Büsser, Diss. S. 24.

3) Von Bally, Diss. S. 48, N. 74.

4) So Büsser, a.a.O., S. 24.

5) Für eine Erstzuständigkeit des BVerfG bei der Rechtssatz-VB gem. Art. 19 IV 2, 1. HS GG: Arentz, Diss. S. 133; von Bally, Diss. S. 46 ff.; Bettermann, Die Grundrechte, III/2, S. 823f.; Brinkmann, GG, Anm. I 8 a u. Anm. I 10 b zu Art. 19; Büsser, Diss. S. 23 f.; Dürig, in: Maunz / Dürig u.a., GG, Rdn. 54 zu Art. 19 IV; Laforet, DÖV 1949, S. 221, r.Sp.; Lorenz, Rechtsschutz, S. 251 f.; Maunz, Staatsrecht, § 31 IV 4 a (S. 302); Maurer, Kern-Festschrift, S. 307; Schumann, Verfassungs- und Menschenrechtsbeschwerde, S. 36, N. 5; Wernicke, BK, Anm. II 4 f (S. 16) zu Art. 19 GG; vgl. auch Kassimatis, a.a.O., S. 221 u. Schmelter, a.a.O., S. 167 f., die allerdings die Erstzuständigkeit des BVerfG im Bereich des Individualrechtsschutzes nicht auf die Rechtssatz-VB beschränken, vgl. im einzelnen oben II. c, 3. (S. 90 ff.).

4.) Zusammenfassung

Nach Art. 19 IV 2 GG steht dem Betroffenen der ordentliche (Reserve-) Rechtsweg offen, sofern er durch die "öffentliche Gewalt" in seinen Rechten verletzt wird und eine andere Zuständigkeit nicht begründet ist. Gleichfalls steht ihm im Falle der Grundrechtsverletzung durch die "öffentliche Gewalt" nach § 90 I BVerfGG die VB zur Seite, die gem. § 90 II 1 BVerfGG allerdings nur dann sofort erhoben werden kann, wenn der Rechtsweg erschöpft ist.

Nach der hier vertretenen Ansicht wird sowohl durch Art. 19 IV GG als auch § 90 I BVerfGG der Rechtsschutz auch gegen die normsetzende Gewalt gewährt. Dies hat zur Folge, daß sich sowohl die Ausschlußklausel des Art. 19 IV 2, 1. HS GG als auch des § 90 II 1, 2. HS BVerfGG gegenüberstehen, eine Konsequenz, die sich dann nicht ergibt, wenn mit dem BVerfG und einem Teil der Lehre davon ausgegangen wird, daß Rechtsschutz gegen Normen nur durch § 90 I BVerfGG, nicht aber durch Art. 19 IV GG gewährt werden soll. Die Konkurrenz der beiden Verweisklauseln führt aber nicht zu einem "negativen Kompetenzkonflikt". § 90 I BVerfGG ist in seiner Stoßrichtung auf grundrechtsverletzende Normen *lex specialis* zu Art. 19 IV GG. Soweit das Normenkontrollverfahren nach § 47 VwGO, das ebenfalls zum Rechtsweg im Sinne des § 90 II 1 BVerfGG zu zählen ist, keine Anwendung findet, ist das BVerfG zur Überprüfung von Rechtssatz-VBen erstzuständiges Gericht.

b) Der Zusammenhang zwischen rechtswidriger Norm und Grundrechtsverletzung des einzelnen

Mit dem vorstehend gewonnenen Ergebnis ist aber noch keine Aussage darüber getroffen, welche Merkmale eine Norm erfüllen muß, damit eine unmittelbar dagegen eingelegte VB aus prozessualen Gründen zulässig ist. Zwar scheidet eine direkte Anwendung des § 90 II 1 BVerfGG bei VBen gegen Akte der Rechtsetzung bis auf den Spezialfall des verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahrens nach § 47 VwGO aus. Denn die Erschöpfung des Rechts-

weges setzt voraus, daß ein solcher überhaupt gegeben ist¹⁾. Dies ist aber nach der hier vertretenen Ansicht nicht der Fall, da das BVerfG im Bereich der Rechtssatz-VB erstzuständiges Gericht ist. Dennoch bleibt zu untersuchen, ob der Grundsatz der Subsidiarität, der sich ja nicht in der Einzelregelung des § 90 II 1 BVerfGG erschöpft²⁾, bei der Rechtssatz-VB ebenfalls eine zeitliche Beschränkung der sofortigen Zulässigkeit gebietet.

Der Untersuchung dieser speziell im Bereich des VB-Verfahrens angesiedelten formellen prozessualen Frage vorgelagert ist aber eine exakte Bestimmung des Momentes, von dem ab die jeweilige Rechtsnorm dem Grunde nach mittels VB angefochten werden kann. Denn der Grundsatz der Subsidiarität der VB entfaltet erst dann seine rechtliche Wirkung, wenn eine Grundrechtsverletzung im Sinne des § 90 I BVerfGG gerügt werden kann, da er nichts weiteres bezweckt, als eine dem Grunde nach bereits gegebene verfassungsprozessuale Klagbarkeit zeitlich hinauszuzögern³⁾.

-
- 1) Schmidt-Bleibtreu, in: Maunz / Schmidt-Bleibtreu u.a., BVerfGG, Rdn. 194 zu § 90.
 - 2) Vgl. oben zweiter Teil III. u. BVerfGE Bd. 31, 364 ff., 368.
 - 3) Vgl. zu dem Erfordernis einer näheren Qualifizierung der Rechtsschutzbehauptung im VB-Verfahren Büsser, Diss. S. 43 ff. u. Haug, Diss. S. 19 ff., die sich eingehend mit einer eventuellen Übertragbarkeit der im Bereich des § 42 II VwGO vertretenen (modifizierten oder eingeschränkten) Schlüssigkeitstheorie befassen und zutreffend davon ausgehen, daß der BF im VB-Verfahren Tatsachen vortragen muß, aus denen sich der Schluß ziehen läßt, daß ihn der angegriffene Rechtssatz in seinen Grundrechten verletzt haben würde, falls er verfassungswidrig wäre (Büsser, a.a.O., S. 44; Haug, a.a.O., S. 34; im Ergebnis ebenso Bettermann, AÖR Bd. 86 (1961), S. 130; eine schlüssige Behauptung der Grundrechtsverletzung fordert ebenfalls Spanner, BVerfG u. GG, Bd. 1, S. 375). Denn das Erfordernis der Rechtsschutzbehauptung nach § 90 I BVerfGG ist im Zusammenhang mit der Begründungspflicht nach § 92 BVerfGG zu sehen und letztere als eine spezialgesetzliche Konkretisierung der Rechtsschutzbehauptung aufzufassen (Haug, a.a.O.). Bei geringeren Anforderungen würde die vom Gesetzgeber angestrebte Ausschaltung von Popularbeschwerden durch die Hintertüre wiederum ermöglicht (vgl. zur Behauptungslast des § 90 I BVerfGG auch Erichsen, VerwArch Bd. 67 (1976), S. 187 ff.).

1.) Die Zulässigkeitstrias des BVerfG:
 "Selbst, gegenwärtig und unmittelbar"

Das BVerfG macht in ständiger Rechtsprechung¹⁾ die Zulässigkeit der Rechtssatz-VB abhängig von der eigenen, gegenwärtigen und unmittelbaren Betroffenheit des BF²⁾.

aa) Die "selbst-" Betroffenheit

Mit dem Erfordernis der "selbst-" Betroffenheit erstrebt das BVerfG eine Abgrenzung zu der Popularklage, wie sie z.B. das bayerische Landesverfassungsprozeßrecht kennt (Art. 98 S. 4, bayVerf. in Verbindung mit § 54 bayVerfGHG)³⁾. Ausgehend von dem Wortlaut des § 90 I BVerfGG "in einem seiner Grundrechte" und gestützt auf die Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte sowie die zu § 42 II VwGO entwickelte Lehre bewegte sich das BVerfG noch auf weitgehend sicherem und geebnetem Boden⁴⁾.

bb) Die gegenwärtige Grundrechtsverletzung

Mit dem Merkmal der Gegenwartigkeit sollte ebenfalls einer Ausweitung der VB zur Popularklage vorgebeugt werden⁵⁾. Meist wird versucht, die Funktion dieser Einschränkung im Vergleich mit der eidgenössischen staatsrechtlichen Beschwerde deutlich zu machen⁶⁾. Für deren Zulässigkeit wird eine gegenwärtige "aktuelle" Verletzung nicht gefordert. Es genügt, wenn der BF irgendwann einmal in der Zukunft "virtuell" von der angegriffenen Norm betroffen werden kann⁷⁾. So hat das schweizerische Bundesgericht

1) Beginnend mit BVerfGE Bd. 1, 97 ff., 102 f.

2) Vgl. mit umfassender Rechtsprechungsübersicht, Raschauer, DöV 1976, S. 701 f.

3) Vgl. Schmidt-Bleibtreu, in: Maunz / Schmidt-Bleibtreu u.a., BVerfGG, Rdn. 95 zu § 90.

4) Büsser, Diss. S. 31.

5) Schmidt-Bleibtreu, in: Maunz / Schmidt-Bleibtreu u.a., BVerfGG, Rdn. 98 zu § 90 (S. 86).

6) Vgl. Büsser, Schmidt-Bleibtreu u. Raschauer, jeweils a.a.O., sowie Erichsen, VerwArch Bd. 67 (1976), S. 192.

7) Fleiner / Giacometti, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, S. 892 ff.; Giacometti, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 166 ff.; BGE 48 I 255, 595; 51 I 424; 55 I 110; 65 I 241; 88 I 175.

z.B. die Anfechtung einer Spikereifen-Steuer durch Nicht-Autobesitzer für zulässig erachtet¹⁾. An diesem Beispiel wird deutlich, wie unbrauchbar eine Unterscheidung zwischen "aktueller" und "virtueller" Betroffenheit zur Lösung des konkreten Falles ist. Dies gilt spätestens seit der zum Leitsatz erhobenen und ständig erneuerten These aus dem "Elfes-Urteil"²⁾, wonach jedermann im Wege der VB geltend machen kann, "ein seine Handlungsfreiheit beschränkendes Gesetz gehöre nicht zur verfassungsmäßigen Ordnung, weil es (formell oder inhaltlich) gegen einzelne Verfassungsbestimmungen verstoße", und "deshalb werde sein Grundrecht aus Art. 2 I GG verletzt"³⁾. Denn bei konsequenter Anwendung dieser Formel genügt jede "virtuelle" Betroffenheit im Sinne der schweizerischen Verfassungsprozeßlehre zur Zulässigkeit der bundesdeutschen Rechtssatz-VB ebenfalls. In seiner späteren Spruchpraxis hat das BVerfG das Erfordernis der "aktuellen" Betroffenheit auch mehr und mehr zu einem "wahrscheinlich-dennächst-Betroffenwerden" modifiziert. Erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang BVerfGE Bd. 26, 246 ff., 251 f.⁴⁾. Dort hatten sich Besucher einer staatlich nicht anerkannten Ingenieurschule gegen § 1 IngG gewandt, der ihnen nach Abschluß ihrer Ausbildung verwehrt hätte, die Berufsbezeichnung "Ingenieur" zu führen, falls sie später in der Wirtschaft tätig wären, obwohl überhaupt noch nicht feststand, daß sie ihre Ausbildung beenden und anschließend in die Wirtschaft gehen würden. Diese Entscheidung liegt auf der gleichen Ebene wie der Fall der Hausierer in der Schweiz⁵⁾, bei dem auch noch nicht sicher war, ob sie jemals in dem anderen Kanton hausieren wollten.

1) BGE 99 I a 236; vgl. auch BGE 64 I, 386, wo die Beschwerde von Hausierern eines Kantons zulässig war, die sich gegen eine Vorschrift eines anderen Kantons richtete, mit welcher das Hausieren dort einer Konzessionspflicht unterworfen wurde.

2) BVerfGE Bd. 6, 32 Nr. 4.

3) BVerfGE Bd. 6, 32 ff., 41.

4) Vgl. auch BVerfGE Bd. 29, 283 ff., 295 f.; 34, 165ff., 179f.

5) BGE 64 I, 383.

cc) Das Erfordernis der Unmittelbarkeit

"Unmittelbar" betroffen ist der BF nach der Rechtsprechung des BVerfG nur, wenn das Gesetz zu seiner Durchführung weder rechtsnotwendig noch nach der tatsächlichen Verwaltungspraxis einen besonderen, vom Willen der Exekutive beeinflussten Vollziehungsakt voraussetzt¹⁾. Anderenfalls werde der BF nicht schon "kraft Gesetzes", sondern erst durch den Vollzugsakt betroffen²⁾. Das BVerfG versteht demnach, wie Bettermann³⁾ und Büsser⁴⁾ zutreffend herausstellen, unter unmittelbarer Betroffenheit die Entbehrlichkeit eines Vollzugsaktes. Diese Restriktion der Zulässigkeit, für die § 90 I BVerfGG keinerlei gesetzliche Grundlage bietet⁵⁾, wird der Rechtsschutzfunktion der VB gegen Normen aber nicht gerecht. Denn die Tatsache, daß ein Gesetz der Vollziehung oder Anwendung fähig oder bedürftig ist, schließt keinesfalls die Möglichkeit aus, daß dem einzelnen bereits durch das Gesetz selbst und nicht erst durch den Vollzugsakt Pflichten auferlegt oder Rechte entzogen werden. In die Grundrechte des Bürgers wird vielfach schon durch die Norm und nicht erst durch ihre Anwendung im Einzelfall unmittelbar eingegriffen⁶⁾. Der Vollzugsakt stellt dann bestenfalls noch eine weitere Verschlimmerung bzw. die Wiederholung des bereits erfolgten Eingriffes dar.

Durch das undifferenzierte Abstellen des BVerfG auf die bloße Vollzugsfähigkeit der Norm wird die von Fall zu Fall höchst unterschiedlich zu wertende Bedeutung des Vollzugsaktes als Zwischenglied im Hinblick auf die Verletzung der Individualrechtssphäre verkannt. Denn der Staat überschreitet die Grenzen der Grundrechtssphäre des einzelnen nicht "uno actu" und - wie das BVerfG

1) Siehe hierzu die Nachweise aus der Rechtsprechung bei Raschauer, a.a.O., S. 70 f., N. 87 bis N. 129.

2) BVerfGE Bd. 1, 264 ff., 269; 2, 237 ff., 241; 10, 89 ff., 97; 10, 354 ff., 360; 15, 235 f., 239; 16, 147 ff., 159.

3) AöR Bd. 86 (1961), S. 132.

4) a.a.O., S. 56.

5) Vgl. Pieroth, DVBl 1974, S. 196, r.Sp.

6) Bettermann, a.a.O., S. 134.

bei vollzugsbedürftigen Normen annimmt - nicht immer erst auf dieser letzten Stufe.

Ebenso wie das Gegenwärtigkeitserfordernis ist auch das Abgrenzungsmerkmal der Unmittelbarkeit im Sinne der bundesverfassungsgerichtlichen Definition mit seiner "Elfes-Rechtsprechung" unvereinbar¹⁾. Denn wenn danach jemand im Wege der VB geltend machen kann, ein seine Handlungsfreiheit beschränkendes Gesetz gehöre nicht zur verfassungsmäßigen Ordnung im Sinne des Art. 2 I GG, weil es - formell oder inhaltlich - gegen höherrangige Normen verstoße, so verträgt sich diese Erweiterung der Zulässigkeit der Rechtssatz-VB²⁾ schlecht mit der These, daß vollzugsbefürftige oder -fähige Gesetze den Bürger noch nicht in seinen Grundrechten verletzen können.

Das BVerfG bleibt auch eine befriedigende Erklärung über den jeweiligen charakteristischen Unterschied seiner "Abgrenzungs-Trias" schuldig.

Bereits Bettermann³⁾ und ihm folgend Büsser⁴⁾ weisen zutreffend darauf hin, daß das Abgrenzungskriterium der Unmittelbarkeit im Sinne der Rechtsprechung des BVerfG nur ein Unterfall des Erfordernisses der Gegenwärtigkeit des Betroffenseins ist. Denn da eine Norm den einzelnen nicht unmittelbar betreffen könne, wenn erst durch den Vollzugsakt in seine Individualrechtssphäre eingegriffen werde, so ist er nicht schon in der Gegenwart, sondern erst künftig, d.h. im Augenblick des Normvollzuges verletzt.

Durch eine Gegenüberstellung von Unmittelbarkeit und Selbstbetroffensein im Sinne der Definition des BVerfG läßt sich ebenfalls verdeutlichen, daß auch diese beiden Kriterien nicht sinnvoll voneinander abzugrenzen sind. Denn entscheidend ist für die Selbstbetroffenheit entsprechend der überlieferten verwaltungs-

1) So ausdrücklich Bettermann, a.a.O.

2) So ausdrücklich Lechner, BVerfGG, S. 358.

3) a.a.O., S. 132 f.

4) a.a.O., S. 60.

gerichtlichen Rechtsprechung allein, ob die Rechtsnorm in die geschützte Rechtssphäre des BF eingreift¹⁾. Sofern nun die Schwelle zum grundrechtlich geschützten Bereich des einzelnen überschritten ist - nichts anderes bedeutet die Selbstbetroffenheit - ist dieser auch unmittelbar (und selbstverständlich auch gegenwärtig) verletzt. Die Selbstbetroffenheit wird bestenfalls aus der Sicht des BF, dahingegen die Unmittelbarkeit aus der Perspektive des Verletzenden (Einzel- oder Rechtssetzungs-) Aktes zu werten sein.

Hinzuweisen ist noch auf die Parallelerscheinung des Verwaltungsprozeßrechtes: Dort entspricht das Unmittelbarkeitserfordernis dem Regelungscharakter des Verwaltungsaktes, d.h. der "unmittelbaren Rechtswirkung nach außen", wie dies nunmehr in § 35 VwVfG gesetzlich definiert wurde. Eine derartige Außenwirkung liegt vor, wenn die Rechtssphäre des einzelnen Bürgers betroffen ist²⁾. Der Vollzugsakt muß also aus dem Rechtskreis der öffentlichen Gewalt heraus in den eines Dritten einwirken. Sofern dann subjektive Rechte des Beschwerdeführenden tangiert sind, ist dieser auch "selbst" betroffen. Da nun die Grundrechte und somit auch Art. 2 I GG subjektive Rechte par excellence sind³⁾ und nur solche wegen des numerus clausus des § 90 I BVerfGG im VB-Verfahren Berücksichtigung finden können, bedarf es bei ihnen nicht des sonst teilweise schwierig zu erbringenden besonderen Nachweises der Individualrechtsschutzfunktion⁴⁾. Diesem Umstand trägt auch die "Elfes-Rechtsprechung" Rechnung, wonach "jedermann" im Wege der VB geltend machen kann, ein Gesetz gehöre nicht zur "verfassungsmäßigen Ordnung" im Sinne des Art. 2 I GG und verletze daher sein Grundrecht. Dem Erfordernis der Selbstbetroffenheit kommt deshalb im Bereich der Rechtssatz-VB im Gegensatz zum Ver-

1) Dürig, in: Maunz / Dürig u.a., GG, Rdn. 38 zu Art. 19 IV; Schmidt-Bleibtreu, in: Maunz / Schmidt-Bleibtreu u.a., BVerfGG, Rdn. 95 zu § 90.

2) Schwarze, in: Knack, VwVfG, Rdn. 4.5 zu § 35.

3) Haug, Diss. S. 54.

4) Bernhard, JZ 1963, S. 305.

waltungsprozeß eine weitere, über das Unmittelbarkeitserfordernis hinausgehende Filterwirkung nicht zu.

Die Zulässigkeitstrias des BVerfG ist somit nichts anderes als eine wortreiche Umschreibung dafür, daß der BF "in einem seiner Grundrechte" betroffen sein muß. Dies ist auch das einzige, was sich aus § 90 I BVerfGG entnehmen läßt, nicht aber ein Erfordernis der gegenwärtigen und unmittelbaren Betroffenheit¹⁾.

Büsser²⁾ wirft dem BVerfG sogar vor, mit seiner Abgrenzungsformel nicht nur nichts ausgesagt, sondern im Gegenteil sogar etwas verdeckt zu haben. Es habe zu einem "Kryptokriterium"³⁾ gegriffen, welches zwar den Anspruch auf sinnvolle Praktikabilität erhebe, in Wirklichkeit aber nur einen Spielraum schaffe, um jeden Einzelfall nach Billigkeits- und Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten zu entscheiden.

Diese Kritik mutet etwas reißerisch an. Denn das BVerfG will nach eigenem Bekunden die Frage der unmittelbaren Betroffenheit davon abhängig machen, ob die Rechtsnorm vollzugsfähig bzw. -bedürftig ist. Würde es nun diese Abgrenzung strikt durchführen, so könnte ihm zumindest nicht vorgeworfen werden, es entscheide den Einzelfall jeweils nach seinem nicht vorhersehbaren Gutdünken. Allerdings wurde oben schon versucht, herauszustellen, daß diese Unterscheidung, welche ausschließlich auf das Vollzugsmoment abstellt, vielfach unzutreffend sein muß. Denn die grundrechtlich geschützte Sphäre des einzelnen kann durch die Norm schon vor Erlass eines darauf beruhenden Vollzugsaktes verletzt sein - und nur darauf kommt es nach § 90 I BVerfGG an -.

Diese rechtsprechungsimmanente theoretische Problematik des Begriffs der "Unmittelbarkeit" im Sinne der Definition des BVerfG

1) Bettermann, a.a.O., S. 176 f.; Pieroeth, a.a.O., S. 196, r.Sp.

2) Diss. S. 50 f.

3) Diese Wortprägung findet sich bei Scheuerle, AcP Bd. 163 (1964), S. 430 f.

bedingt aber - und darin ist Büsser zuzustimmen -, daß seine Rechtsprechung hierzu in sich häufig nicht konsequent ist.

In der sogenannten Abhörentscheidung¹⁾ ist das BVerfG von seinem Unmittelbarkeitserfordernis ganz abgerückt. Zur Zulässigkeit führt es aus: "Voraussetzung einer VB gegen ein Gesetz ist die Behauptung, daß der BF selbst, gegenwärtig und unmittelbar²⁾ durch das Gesetz und nicht erst mit Hilfe eines Vollzugsaktes in einem Grundrecht verletzt sei Diese Voraussetzungen liegen nicht vor. Die BF werden nach ihrem Vortrag erst durch einen Akt der vollziehenden Gewalt in ihren Grundrechten verletzt. Die Möglichkeit, sich gegen den Vollzugsakt zu wenden, ist den Betroffenen jedoch verwehrt, weil sie von dem Eingriff in ihre Rechte nichts erfahren. In solchen Fällen muß den Betroffenen die VB unmittelbar gegen das Gesetz ebenso zustehen, wie in den Fällen, in denen aus anderen Gründen eine VB gegen den Vollzugsakt nicht möglich ist".

Auch hat das BVerfG VBen gegen Normen für zulässig erachtet, bei denen der BF überhaupt nicht zum Adressatenkreis eines eventuell ergehenden Durchführungsaktes gehört und somit die Definition der Unmittelbarkeit durch den Sachverhalt niemals erfüllt werden konnte. So hat z.B. das BVerfG³⁾ der VB einer nicht im Parlament vertretenen politischen Partei gegenüber einer Steuervorschrift stattgegeben, wonach Steuerpflichtige nur Spenden an Parteien absetzen konnten, die im Parlament vertreten waren⁴⁾.

Das BVerfG ging also selbst bereits dazu über, sein ursprünglich kompromißlos mit der Vollzugsbedürftigkeit verkoppeltes Unmittelbarkeitserfordernis zu modifizieren.

Ausgehend von der Kenntnis, daß nicht immer erst der Gesetzvoll-

1) BVerfGE Bd. 30, 1 ff., 16 f.

2) Hervorhebung durch das BVerfG.

3) In: Bd. 6, 273 ff.

4) Vgl. auch die weiteren Beispiele bei Piero, a.a.O., S. 196, 1. u. r. Sp.

zug selbst die grundrechtlich geschützte Sphäre des einzelnen verletzen kann, müßte die Formel des BVerfG lauten: "Ein Gesetz ist nicht verfassungsbeschwerdefähig, wenn der BF nicht schon durch das Gesetz selbst, sondern erst durch den Vollzug betroffen wird; denn dann betrifft ihn das Gesetz nicht unmittelbar und kann ihn infolgedessen nicht unmittelbar in seinen Grundrechten verletzen"¹⁾.

Das BVerfG hat jedoch in den Fällen, in denen es von seiner an das Unmittelbarkeitserfordernis angekoppelten Formel der Vollzugsbedürftigkeit abgewichen ist, niemals eine brauchbare systematische Begründung für sein unterschiedliches Vorgehen geliefert. Dies wäre aber wegen des Gebotes der Rechtssicherheit, das neben der Forderung nach materieller (Einzelfall) Gerichtigkeit die zweite große Komponente des Rechtsstaatsprinzips ist²⁾, unbedingt erforderlich gewesen. Denn dem Betroffenen muß es bei unterstellter Rechtskenntnis möglich sein, vor Einlegung einer Rechtssatz-VB abzuschätzen, ob diese auch zulässig ist.

2.) Stellungnahme und Lösungsvorschlag

Die Zulässigkeitstheorie des BVerfG, verbunden mit seiner Unmittelbarkeitsthese war abzulehnen, da hierdurch dem bereits durch eine Norm Verletzten vielfach die Klagbarkeit verwehrt wurde, ohne daß dies durch eine gesetzliche Einschränkung des Rechtsschutzverfahrens der VB gerechtfertigt gewesen wäre. Das BVerfG hat eine Fiktion der Unverletztheit des normbetroffenen Bürgers bis zum Erlass des Vollzugsaktes aufgestellt, welche die jeweiligen Gegebenheiten des konkreten Falles, d.h. den jeweils individuell zu ermittelnden Zeitpunkt des Eingriffs der öffentlichen Gewalt in die Individualrechtssphäre schlicht leugnet. Im Lichte des durch Art. 19 IV GG garantierten umfassenden Rechtsschutzes gegen sämtliche individualrechtsverletzende Akte der öffentlichen Gewalt ist das sofortige und uneingeschränkte Einsetzen der prozess-

1) So ausdrücklich Bettermann, a.a.O., S. 139.

2) Vgl. Dürig, in: Maunz / Dürig u.a., GG, Rdn. 124 zu Art. 103 III.

alen VB-Befugnis aber in dem Moment geboten, in dem der Staat die ihm gesetzten Grenzen überschritten hat. Erst dann schließt sich die rein prozessuale Frage an, ob bei Verletzung subjektiven materiellen Rechtes im Bereich der Grundrechte die dem Grunde nach bereits gegebene verfassungsprozessuale Klagbarkeit hinausgezögert werden kann, sofern sonstige Rechtsschutzmöglichkeiten gegeben sind. Neben der Rechtssatz-VB gibt es aber nur noch das verwaltungsgerichtliche Normenkontrollverfahren nach § 47 VwGO als Klagemöglichkeit des einzelnen gegen Normen, mit welchen der Staat bereits ohne weiteren Vollzugsakt in die grundrechtlich geschützte Individualsphäre eingreift. In diesem Falle ist - sofern das verwaltungsgerichtliche Normenkontrollverfahren nach § 47 VwGO dem Tatbestande nach nicht gegeben ist - der Moment der Verletzung materiellen Rechtes identisch mit dem der prozessualen Zulässigkeit der Rechtssatz-VB. Diese darf hier auch nicht durch Verweisung auf sonstige vorab zu erschöpfende Rechtsschutzmöglichkeiten hinausgezögert werden, da es solche nicht gibt. Denn anderenfalls entstünde eine Lücke in dem durch Art. 19 IV GG umfassend gewährten Rechtsschutz des Bürgers gegen rechtswidrige staatliche Eingriffe.

Ein geeigneter, dem Einzelfall gerecht werdender Ansatz zur Abgrenzung der Normen, die bereits den die Grundrechtsverletzung perfektionierenden¹⁾ Akt verkörpern zu denjenigen, die lediglich eine (potentielle-mittelbare) imperfekte²⁾ Grundrechtsverletzung darstellen, die erst in Gestalt eines Vollzugsaktes perfektioniert werden, findet sich bereits bei Geiger³⁾. Geiger trifft eine Abgrenzung danach, ob die Grundrechtsverletzung "durch Gesetz" oder "auf Grund eines Gesetzes" erfolgt⁴⁾. "Auf Grund eines Gesetzes" geschehe der Eingriff dann, wenn das Gesetz die Verwaltungsbehörden nur zu bestimmten Maßnahmen (z.B. zur Enteignung oder zum Erlaß von Verboten) ermächtigt. In diesem Falle liege nur

1) u. 2) : Diese Bezeichnungen finden sich bei Holtkotten, NJW 1952, S. 528 ff.

3) BVerfGG, Anm. 5 zu § 90; ders. BAnz. 30/1952, S. 5, sub III 3.

4) Ebenso Bettermann, a.a.O., S. 133.

eine Grundrechtsgefährdung vor, die erst durch den Vollzug in eine Verletzung umschlage. Anders sei es, wenn das Gesetz die Exekutive zu Eingriffen in ein Grundrecht des Bürgers verpflichte. Diese "Pflichtigkeit"¹⁾ stelle bereits eine Verletzung, nicht nur eine Gefährdung eines Grundrechts dar.

Ein im Ergebnis vergleichbares Schema, welches ebenfalls eine flexible, dem jeweiligen Einzelfall gerecht werdende Nuancierung ermöglicht, haben Flume²⁾ und ihm folgend Büsser³⁾ entwickelt. Sie haben deutlich gemacht, daß das Verhältnis zwischen normsetzender Gewalt und Bürger primär vom materiellen Charakter des Rechtsetzungsaktes und erst in zweiter Linie durch den Normvollzug geprägt wird.

Zur näheren Charakterisierung der Rechtsetzungsakte unterscheiden Büsser u. Flume⁴⁾ diese in Handlungs- und Sachentscheidungs-normen. Im Bereich der Handlungsnormen entscheide der Gesetzgeber nicht selbst, was im konkreten Einzelfall geschehen solle. Vielmehr obliege die Konkretisierung erst der vollziehenden Gewalt. Dagegen entschieden die Sachentscheidungs-normen den Sachverhalt bereits selbst, da sie keinen Spielraum für ein eigeninitiatives Handeln der vollziehenden Gewalt beließen. Hier wende die Verwaltung die Norm lediglich auf den Einzelfall an, indem ihr Inhalt nur in deklaratorischer Form wiederholt werde. Gestaltungsfreiheit sei der Behörde in diesen Fällen nicht eingeräumt, weil sie nur feststelle, was nach dem Gesetz rechtens sei⁵⁾. Aus diesem Grunde sei auch die Rechtsprechung im materiellen Sinne als Gewalt "en quelque façon nulle"⁶⁾. Ehmke⁷⁾ hat zur Verdeutlichung des Unter-

1) So Geiger, BVerfGG, S. 279, sub 5.

2) Smend-Festschrift, S. 85 ff.

3) Diss. S. 73 ff.

4) Jeweils a.a.O.

5) Flume, a.a.O., S. 86.

6) Büsser, a.a.O., S. 76, unter Berufung auf Montesquieu, Esprit des Lois, XI. Buch, Kap. 6.

7) Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff, S. 37

schiedes zwischen Normen, die den Bürger bereits unmittelbar berechtigen oder verpflichten und solchen, die sich zunächst allein an die Verwaltung richten, "mutatis mutandis" auf ein Begriffspaar aus dem Völkerrecht zurückgegriffen¹⁾. Dort ist die Bezeichnung von Normen als "self-executing" und "non-self-executing treaties" gebräuchlich. Allerdings handelt es sich dabei nicht um ein echtes innerstaatliches Pendant dieser im Völkerrecht angesiedelten Erscheinung, denn anders als bei "non-self-executing treaties", zu denen keine Gesetzgebung ergangen ist, handelt es sich bei Normen, die rechtsnotwendig oder nach der tatsächlichen Verwaltungspraxis einen Vollzugsakt voraussetzen, doch bereits um geltendes Recht²⁾.

3.) Zwischenergebnis

Die Beurteilung der Rechtsverletzung des Bürgers von der materiell-rechtlichen Seite bringt gegenüber dem Ansatz des BVerfG den Vorteil, daß der Moment der Grundrechtsverletzung, an den auch § 90 I BVerfGG anknüpft, zum frühest möglichen Zeitpunkt exakt ermittelt werden kann.

Das Dilemma des BVerfG besteht darin, nicht berücksichtigt zu haben, daß das Vollzugsmoment nicht mit der Frage der materiellen Grundrechtsverletzung vermengt werden durfte. Es hat den Fehler begangen, die auch bei der Rechtssatz-VB zweifellos gebotene nähere Regelung der Zulässigkeit unter Verwendung des gesetzeswidrigen Ansatzes einer auf einen späteren Zeitpunkt fingierten materiellen "Unmittelbarkeit" der Grundrechtsverletzung angestrebt zu haben.

c) Das prozessuale Verfahren bei grundrechtsverletzenden Normen

Ist somit bei rechtswidrigen Normen die Grundrechtsverletzung vielfach bereits vor einem Vollzugsakt perfektioniert, so ist damit noch keineswegs gesagt, daß das Vollzugsmoment für den Be-

1) So auch Büsser, a.a.O., S. 70 u. Erichsen, VerwArch Bd. 67 (1967), S. 192.

2) Pieroth, a.a.O., S. 196, r.Sp.

reich der prozessualen Abgrenzung keine Rolle spielt. Die von der Lehre vorgeschlagenen Lösungswege führen im Bereich der Rechts-satz-VB gerade an diesen Punkten zu den unterschiedlichsten Ergebnissen.

1.) Die Meinung Holtkottens

In der Skala der unterschiedlichen Lösungsvorschläge kann die Ansicht Holtkottens¹⁾ als die "größzügigste" bezeichnet werden. Zwar hält Holtkotten es "an sich" ebenfalls für richtig, eine Differenzierung vorzunehmen²⁾, indem der "die Grundrechtsverletzung perfektionierende Akt", der durch das Gesetz selbst erfolgt, abgegrenzt werde von den Fällen, in denen "dieser perfektionierende Akt (zwar mittelbar) aufgrund eines Gesetzes (unmittelbar jedoch) in Gestalt eines Vollzugsaktes vor sich geht"³⁾. Da das BVerfGG jedoch von einer dieser Unterschiedlichkeit Rechnung tragenden differenzierenden Regelung abgesehen habe, sei die VB gegen ein Gesetz grundsätzlich in den Fällen beider Arten gleichermaßen zulässig. Der BF habe sogar im Falle der Perfektionierung der Grundrechtsverletzung durch einen Vollzugsakt die Möglichkeit, neben der Rechtssatz-VB nach Erschöpfung des Rechtsweges daneben auch den Einzelakt mittels einer weiteren VB anzufechten⁴⁾.

Holtkotten verkennt bei seiner "Doppelspurigkeits-These" die Aufgabe des BVerfG im Bereich der ihm durch den Gesetzgeber bewußt übertragenen näheren Ausgestaltung des Verfassungsprozeßrechtes. Deshalb ist sein Ausgangspunkt, eine Differenzierung sei nicht möglich, da der Gesetzgeber eine solche nicht getroffen habe, unzutreffend.

Sofern die nähere Verfahrensausgestaltung innerhalb der rahmenmäßigen Begrenzung des BVerfGG erfolgt, ist diese nicht nur möglich, sondern zur Entwicklung eines ordnungsgemäßen Verfahrensablaufes sogar geboten. Die Meinung Holtkottens ist deshalb auch auf einhellige Ablehnung gestoßen⁵⁾.

1) NJW 1952, S. 196, r.Sp.

2) Holtkotten, a.a.O., S. 529, l.Sp.

3) Holtkotten, a.a.O., S. 529, l. u. r.Sp.

4) Holtkotten, a.a.O., S. 529 f.

5) Büsser, a.a.O., S. 66 ff.; Schmidt-Bleibtreu, in: Maunz / Schmidt-Bleibtreu u.a., BVerfGG, Rdn. 100 zu § 90 (S. 87).

2.) Die Meinung Bettermanns

Ist Holtkotten der Exponent der extensivsten Ansicht zur Rechtsschutzgewährung gegen Normen, so kann der Lösungsversuch Bettermanns¹⁾ als die weitaus engste Variante innerhalb des hierzu vertretenen Meinungsspektrums bezeichnet werden.

Bettermann, der sich ebenfalls gegen die unsaubere Verquickung des Unmittelbarkeitserfordernisses mit dem Vollzugsmoment durch das BVerfG wendet und somit zutreffend die materielle Grundrechtsverletzung im Sinne des § 90 I BVerfGG häufig sehr viel früher als vollendet ansieht, will die Frage der prozessualen Zulässigkeit der Rechtssatz-VB allein mit Hilfe des Rechtsschutzbedürfnisses lösen²⁾. Er geht zunächst davon aus, daß die Regelung des § 90 II 1 BVerfGG eine Ausprägung dieses Rechtsschutzbedürfnisses sei³⁾. Aus diesem Grunde könne diese Bestimmung auch entsprechend auf die Rechtssatz-VB angewandt werden, wo sie dann ebenfalls das Rechtsschutzbedürfnis begrenze⁴⁾. Ausgehend von der zutreffenden Prämisse, daß von der Ausnahme des § 47 VwGO abgesehen, gegen Verletzungen durch den Gesetzgeber ein Rechtsweg nicht gegeben ist, hält Bettermann eine unmittelbare Anwendung des Rechtsgedankens des § 90 II 1 BVerfGG nicht für möglich⁵⁾. Aus einem durch analoge Anwendung des § 90 II 1 BVerfGG näher konkretisierten Rechtsschutzbedürfnis folgert Bettermann dann, daß "ausnahmslos alle Normen, gegen die nicht spezialgesetzlich und ausdrücklich ein

1) a.a.O., S. 129 ff.

2) Bettermann, a.a.O., S. 139; im Ansatz ebenso Arndt, NJW 1965, S. 808, 1.Sp., oben; Büsser, a.a.O., S. 86 ff.; Pieroth, a.a.O., S. 196 f.; Schmidt-Bleibtreu, in: Maunz / Schmidt-Bleibtreu u.a., BVerfGG, Rdn. 100 zu § 90 (S. 87); R. Schneider, ZZP Bd. 79 (1966), S. 33.

3) Bettermann, a.a.O., S. 146; so auch Arndt, a.a.O.; Büsser, Diss. S. 88; Schmidt-Bleibtreu, in: Maunz / Schmidt-Bleibtreu u.a., BVerfGG, Rdn. 100 zu § 90; Pieroth, a.a.O., S. 196, r.Sp.; R. Schneider, a.a.O., S. 8, 11, 33.

4) Bettermann, a.a.O., S. 147 ff.; zustimmend Schmidt-Bleibtreu, a.a.O.; für eine analoge Anwendung ebenfalls Büsser, Diss. S. 89; Pieroth, a.a.O., S. 196 f.; Schumann, Verfassungs- und Menschenrechtsbeschwerde, S. 36, N. 5, die im Ergebnis allerdings erheblich von der Ansicht Bettermanns abweichen.

5) Bettermann, a.a.O., S. 147, sub V.

bestimmter Rechtsweg eröffnet ist, das Rechtsschutzbedürfnis für eine prinzipale Kontrollklage (und somit auch die Rechts-satz-VB)¹⁾ des Normverletzten" zu verneinen sei. Denn dem Betroffenen könne "bei allen Normen" zugemutet werden, "die Normanwendung abzuwarten und deshalb auf den der Anwendung vorbeugenden Rechtsschutz in Gestalt der unmittelbaren und sofortigen Klage gegen die Norm selbst zu verzichten"²⁾. Bestenfalls durch analoge Anwendung des § 90 II 2 BVerfGG solle das harte Ergebnis ausnahmsweise entschärft werden können³⁾.

Stellungnahme:

Diesem prozessualen Lösungsvorschlag Bettermanns, der sich in Teilbereichen wiederum mit anderen, zu diesem Problem geäußerten Meinungen überdeckt⁴⁾, kann jedoch aus verschiedenen Gründen nicht zugestimmt werden:

aa) Überbetonung der Begrenzungsfunktion des Rechtsschutzbedürfnisses

Aufgabe des Rechtsschutzbedürfnisses ist es nicht nur, Rechtsschutzbegehren, die aus keinem Aspekt heraus sinnvoll sind, von den Gerichten fernzuhalten. Ihm kommt neben dieser negativen Begrenzungsfunktion auch eine positive Seite zu. Diese spiegelt sich wieder in Art. 19 IV GG, der nicht nur den Rechtsweg, sondern auch die Effektivität des Rechtsschutzes garantiert⁵⁾.

Das rigorese Ergebnis Bettermanns kann somit unter keinen Umständen mit Hilfe des allen Rechtsschutzverfahren zugrundeliegenden, materiell-rechtlich voraussetzungslosen (allgemeinen) Rechtsschutzbedürfnisses⁶⁾ erreicht werden. Denn danach ist ein

1) Anmerkung des Verfassers.

2) Bettermann, a.a.O., S. 169, sub 2.

3) Bettermann, a.a.O.

4) Vgl. Arndt, Büsser, Pieroth, R. Schneider, jeweils a.a.O., die eine prozessuale Abgrenzung ebenfalls mit Hilfe des Rechtsschutzbedürfnisses zu erreichen versuchen, bzw. Schumann, a.a.O., der wohl so zu verstehen ist, daß eine Problemlösung allein über eine "entsprechende" Anwendung des § 90 II BVerfGG ohne Verquickung mit dem Rechtsschutzbedürfnis zu erreichen sei.

5) Maunz / Dürig u.a., GG, Rdn. 12 zu Art. 19 IV; Siegmund / Schultze, DVBl 1966, S. 249.

6) Vgl. zum (allgemeinen) Rechtsschutzbedürfnis als "Allgemeiner Prozeßgrundsatz" bereits oben II. b, 3. (S. 78 f.).

Rechtsschutzbedürfnis immer dann gegeben, wenn das Klageziel rechtlich möglich, nur durch gerichtliche Hilfe erreichbar und durch den Anspruchsteller nicht zu ausschließlich rechtlich mißbilligten Zwecken angestrebt wird. Weiterhin darf kein anderes Rechtsschutzmittel billiger, schneller, zuverlässiger, sicherer oder wirkungsvoller alle Wirkungen des Urteils herbeiführen können.

Die letzte Möglichkeit scheidet schon deshalb aus, weil bei der vorliegend zu erörternden Frage ein anderes Rechtsschutzmittel gerade nicht gegeben ist. Auch ist die Feststellung der Nichtigkeit einer Norm mittels Rechtssatz-VB rechtlich möglich und für den einzelnen nur auf diesem Wege zu erreichen. Sofern dann die Rechtssatz-VB im Einzelfall nicht aus rechtsmißbräuchlichen oder schikanösen Gründen erhoben wurde, ist das Rechtsschutzbedürfnis bei einer grundrechtsverletzenden Norm auch schon vor Erlaß eines Vollzugsaktes gegeben¹⁾.

Bettermann stützt sich aber nicht auf dieses "(allgemeine) Rechtsschutzbedürfnis". Er glaubt, durch eine im VB-Verfahren gesteigerte Begrenzungsfunktion des Rechtsschutzbedürfnisses, zu der er sich wegen entsprechender Anwendung des Rechtsgedankens des § 90 II BVerfGG berechtigt fühlt, dem Normverletzten im praktischen Ergebnis bis zum Erlaß eines Vollzugsaktes jeglichen Rechtsschutz versagen zu können. In aller Deutlichkeit wird das Ausmaß der Zumutung bei Strafnormen offenkundig. Dort würde dem bereits Normverletzten obendrein noch aufgebürdet, auf eigenes Risiko straffällig zu werden.

Aber selbst der Rechtsgedanke des § 90 II 1 BVerfGG trägt den Ausschluß der Zulässigkeit einer unmittelbar gegen die Norm gerichteten Rechtssatz-VB vor Erlaß des Vollzugsaktes nicht. Denn danach ist eine VB nur so lange - auf Zeit - ausgeschlossen, wie der BF auf andere Weise gegen die bereits vollendete Grundrechtsverletzung Rechtsschutz erlangen kann. Wenn aber neben der Rechtssatz-VB eine andere Abhilfemöglichkeit nicht gegeben ist, so ist

1) Im Ergebnis ebenso Bachof, AÖR Bd. 86 (1961), S. 190; Büsser, Diss. S. 63 f.; Pieroth, a.a.O., S. 195, r.Sp.; Schumann, Verfassungs- und Menschenrechtsbeschwerde, S. 36, N. 5.

die Begrenzungsfunktion der Subsidiarität erschöpft. Eine Ausdehnung unter dem Deckmantel des § 90 II 1 BVerfGG über das Gebot der Erschöpfung des zur Zeit der Rechtsverletzung bereits vorliegenden Rechtsweges hinaus auf eventuelle spätere Anfechtungsmöglichkeiten käme einem vollkommenen Ausschluß des Rechtsschutzes für diese Zwischenzeit gleich. Ein Ergebnis, das durch § 90 II 1 BVerfGG niemals bezweckt wird, da durch diese Vorschrift lediglich der Zeitpunkt der Zulässigkeit der VB zugunsten anderer Rechtsschutzmöglichkeiten bis zu deren Erschöpfung hinausgezögert, nicht aber jeglicher Rechtsschutz ausgeschlossen werden soll.

Bettermann verkennt den Unterschied, der in der Erschöpfung des Rechtsweges gegen einen grundrechtsverletzenden Einzelakt auf der einen- und gegen eine grundrechtsverletzende Norm auf der anderen Seite liegt. Im Falle der erstmaligen Grundrechtsverletzung durch einen Einzelakt, der eine an sich rechtmäßige Norm in grundrechtswidriger Weise vollzieht, kann der Betroffene sofort Rechtsschutz durch Anrufung der zuständigen Fachgerichte erlangen. Sofern die Grundrechtsverletzung aber bereits durch die Norm vollendet wurde, müßte er diesen Zustand rechtsschutzlos erdulden, ohne auf den Zeitpunkt der Klagbarkeit, läge dieser erst im Erlaß des Vollzugsaktes - vom Falle seiner Provokation einem abgesehen - , Einfluß nehmen zu können.

Die Ansicht Bettermanns ist wegen der von ihm völlig überbewerteten Begrenzungsfunktion des Rechtsschutzbedürfnisses auch vereinzelt geblieben. Sie hat mit Ausnahme von Schmidt-Bleibtreu¹⁾ selbst bei den Stimmen, die ebenfalls eine prozessuale Zulässigkeitsbeschränkung der Rechtssatz-VB über ein durch § 90 II BVerfGG modifiziertes Rechtsschutzbedürfnis befürworten²⁾, keine Gefolgschaft gefunden.

bb) Die Subsidiarität ist nicht Bestandteil des Rechtsschutzbedürfnisses

Bettermann³⁾ und ein Teil der Lehre⁴⁾, der ebenfalls den Versuch

1) Schmidt-Bleibtreu, in: Maunz / Schmidt-Bleibtreu u.a., BVerfGG, Rdn. 100, a.E. zu § 90.

2) Arndt, Büsser, Pieroth, R. Schneider, jeweils a.a.O.

3) a.a.O., S. 146, vor IV.

4) Vgl. die vorletzte N., sowie Schmidt-Bleibtreu, in: Maunz / Schmidt-Bleibtreu u.a., BVerfGG, Rdn. 104, a.E. zu § 90.

unternommen hat, eine angemessene Lösung mit Hilfe des Rechtsschutzbedürfnisses zu erreichen, stufen die Subsidiarität der VB als "eine Ausprägung des Rechtsschutzbedürfnisses" ein. Bettermann¹⁾ und ihm folgend Pieroth²⁾ sowie Schmidt-Bleibtreu³⁾ glauben auch, sich zur Stützung ihrer These auf eine Entscheidung des BVerfG⁴⁾ berufen zu können. Allerdings wurde dort nur der "Grundgedanke des § 90 II BVerfGG", nicht aber das Rechtsschutzbedürfnis angesprochen.

In einigen späteren Entscheidungen⁵⁾, auf die sich zum Teil R. Schneider⁶⁾ beruft, hat das BVerfG die Subsidiarität aber tatsächlich in mehr oder weniger deutlicher Form dem Rechtsschutzbedürfnis zugeordnet⁷⁾. Dabei hat es das Rechtsschutzbedürfnis häufig überflüssig und unterschiedslos in einer Vielzahl von Fällen wie einen "Mosaikbegriff"⁸⁾ verwendet⁹⁾. In allen sonstigen Entscheidungen aber, in denen das BVerfG die Subsidiarität der VB aufgeführt hat, zog es diese allein für die daran angeknüpfte Rechtsfolge heran¹⁰⁾. Der Standpunkt des BVerfG in dieser Frage

1) a.a.O., S. 147.

2) a.a.O.

3) a.a.O.

4) BVerfGE Bd. 1, 97 ff., 103.

5) BVerfGE Bd. 3, 58 ff., 74; 14, 25 ff., 30; 14, 260 ff., 263; 15, 126 ff., 131; 29, 221 ff., 232; 38, 26 ff., 29.

6) a.a.O.

7) Zur Klarstellung sei daran erinnert, daß das BVerfG, das mit seiner Zulassungstrias "selbst, gegenwärtig und unmittelbar" die Grundrechtsverletzung vielfach auf einen späteren Zeitpunkt fingiert, Fragen des Rechtsschutzbedürfnis im prozessualen Aufbau entsprechend später erörtert.

8) Diesen Ausdruck prägten zuerst Leipholz / Rupprecht, BVerfGG, Rdn. 70 zu § 90; aufgegriffen wurde er von Engelmann, a.a.O., S. 70.

9) Raschauer, DÖV 1976, S. 703 f., sub V u. Zuck, Die Verfassungsbeschwerde, Rdn. 151.

10) Vgl. BVerfGE Bd. 5, 9 ff., 10; 8, 274 ff., 281; 16, 1 ff., 2; 22, 287 ff., 290 f.; 29, 183 ff., 188; 29, 277 ff., 282; 31, 364 ff., 368; 33, 192 ff., 194.; 33, 247 ff., 258; 34, 204 ff., 204; 38, 206 ff., 212; 39, 276 ff., 291; 42, 163 ff., 167; 42, 212 ff., 218; 42, 243 ff., 249; 42, 252 ff., 255.

läßt sich deshalb entgegen Bettermann, Pieroth, R. Schneider und Schmidt-Bleibtreu¹⁾ nicht mit Sicherheit festlegen.

Die Ansicht, die Subsidiarität der VB sei ein Bestandteil des Rechtsschutzbedürfnisses, ist aber auch abzulehnen. Eine klare Trennung dieser Prozeßinstitute ist aus Gründen der Rechtssicherheit dringend geboten. Denn wie bereits in anderem Zusammenhang ausgeführt wurde²⁾, ist das Rechtsschutzbedürfnis als Erfordernis der Zulässigkeit jedweder Sachentscheidung allgemein und unterschiedlos und somit nicht von den speziellen Voraussetzungen des jeweiligen Verfahrens abhängig³⁾. Es gibt nur "einen allgemeinen Grund des mangelnden Rechtsschutzbedürfnisses"⁴⁾. Die allgemeine Prozeßrechtslehre verbietet ein beliebiges, nach dem jeweiligen vermeintlichen Bedarf ausgerichtetes Zurechtbiegen allgemeiner Prozeßgrundsätze. Sie zwingt vielmehr zu einer Gleichbehandlung gleicher Phänomene in den verschiedenen Prozeßarten⁵⁾.

Die neben dem (allgemeinen) Rechtsschutzbedürfnis durch den Gesetzgeber ausdrücklich positivierten Erfordernisse der verschiedenen Klagearten - wie z.B. im VB-Verfahren das Erfordernis der vorgängigen Rechtswegerschöpfung - sind richtiger als "besondere Prozeßvoraussetzungen" oder als "besonderes Rechtsschutzbedürfnis"⁶⁾ welches allerdings nicht mit dem "(allgemeinen) Rechtsschutzbedürfnis" verwechselt werden darf, zu bezeichnen.

Wieser⁷⁾ stellt zutreffend klar, daß bei Prüfung des Rechtsschutzbedürfnisses unterstellt werden muß, daß die übrigen spezi-

1) Jeweils a.a.O.

2) Vgl. oben II. b. 3. (S. 78 ff.).

3) Stephan, Rechtsschutzbedürfnis, S. 98.

4) Pohle, Lent-Festschrift, S. 208 f.

5) Renck, NJW 1965, S. 1973, r.Sp.; Stephan, a.a.O., S. 98; Schumann, JZ 1973, S. 489, r.Sp.

6) Diesen Begriff verwenden z.B. Eyermann / Fröhler, VwGO, Rdn. 9 zu § 43; Kopp, VwGO, Vorbem. § 40, 4 a, a.E. (S. 62); Tschira / Schmidt-Glaser, Verwaltungsprozeßrecht, S. 71, sub IX A., im Bereich des Verwaltungsprozeßrechtes.

7) Rechtsschutzinteresse, S. 22.

ellen Erfolgsvoraussetzungen der Klage erfüllt sind. Denn sofern daneben spezielle (allgemeine oder besondere) Prozeßvoraussetzungen einer bestimmten Klageart vorliegen, stellen diese den einzigen Abweisungsgrund dar. In diesem Falle ist der Rechtsschutzgewährungsanspruch, der durch die spezielle Klageart eingeräumt wurde, durch deren konkrete Ausgestaltung in Form von (allgemeinen oder besonderen) Prozeßvoraussetzungen begrenzt. Mit Pohle¹⁾ kann man dann höchstens sagen, daß die in Betracht kommende Prozeßvoraussetzung fehle, weil ein Rechtsschutzbedürfnis für die gewählte Art des Rechtsschutzes nicht bestehe, nicht aber kann von einem fehlenden Rechtsschutzbedürfnis gesprochen werden.

Eine Vermengung des Rechtsschutzbedürfnisses mit der Subsidiarität ist somit nicht geeignet, eine dogmatisch saubere Lösung zu begründen. Eine über die Schranken des (allgemeinen) Rechtsschutzbedürfnisses hinausgehende Begrenzung kann deshalb im VB-Verfahren nur auf die spezielle prozessuale Ausgestaltung der Subsidiarität allein gestützt werden, welche mit dem Rechtsschutzbedürfnis nichts gemein hat²⁾.

cc) Eine analoge Anwendung des § 90 II 1 BVerfGG verkennt den Grundsatz der Subsidiarität

Da in der Regel (Ausnahme: § 47 VwGO) gegen "Verletzungen" durch den Gesetzgeber neben der Rechtssatz-VB kein Rechtsweg zulässig ist, wollen Bettermann³⁾ und ihm im Ansatz folgend Büsser⁴⁾, Pieroth⁵⁾, Schmidt-Bleibtreu⁶⁾ und Schumann⁷⁾ § 90 II 1 BVerfGG

1) a.a.O.

2) Ebenso Stein / Jonas, ZPO, Bd. 1, S. 985 f.; Stephan, a.a.O., S. 107; Spanner, Jahrreiß-Festschrift, S. 411 f., 423 bis 425, nicht jedoch kann Spanner darin zugestimmt werden, daß die Aufstellung des Erfordernisses des Rechtsschutzbedürfnisses im VB-Verfahren überhaupt fehl am Platze sei, so S. 419, 425. Diese überzogene Ansicht hat Spanner in einer späteren Veröffentlichung auch nicht mehr aufrechterhalten (BVerfG u. GG Bd. 1, S. 374 ff.).

3) a.a.O., S. 146, 147 f.

4) Diss. S. 89.

5) a.a.O., S. 196, r.Sp.

6) Schmidt-Bleibtreu, in: Maunz / Schmidt-Bleibtreu u.a., BVerfGG, Rdn. 100 zu § 90.

7) a.a.O., S. 36, N. 5.

auf die (unmittelbare) Rechtssatz-VB entsprechend anwenden, um deren außerordentlich unklare Zulässigkeitsvoraussetzungen durch dogmatisch saubere und zugleich praktikable Maßstäbe zu ersetzen¹⁾.

Sosehr dieses Verfahren im Ergebnis Zustimmung verdient, sowenig kann sein methodischer Ansatz befürwortet werden. Denn bei dieser Prozedur würde lediglich der "Rechtsgedanke des § 90 II 1 BVerfGG"²⁾ auf das Verfahren der Rechtssatz-VB entsprechend übertragen. Dies wäre der Fall der "Gesetzes-"³⁾ oder "Einzelanalogie"⁴⁾.

Eine entsprechende Anwendung der Regel des § 90 II 1 BVerfGG wird aber dem vorliegenden Rechtszustand nicht gerecht. Denn hier handelt es sich nicht um die entsprechende Übertragung eines genau abgegrenzten Tatbestandes auf einen vom Gesetzgeber nicht geregelten Teilbereich, da sich der Grundsatz der Subsidiarität der VB nicht in dem positivierten Tatbestand des § 90 II 1 BVerfGG erschöpft⁵⁾. Denn das Gebot der Erschöpfung sämtlicher sonstiger Ragemöglichkeiten, welche eine Anrufung des BVerfG als "letztes Refugium" entbehrlich machen könnte, beruht auf einer Vielzahl grundlegender Gesichtspunkte, deren Sinngehalt über den formulierten Inhalt der Regelung des § 90 II 1 BVerfGG hinausgeht und durch ihren Wortlaut nur unvollkommen erfaßt wird. Es handelt sich somit um die Anwendung eines "allgemeinen Rechtsgrundsatzes", der aus der Übereinstimmung des Grundgedankens mehrerer Regeln erschlossen wurde und der dann auch auf solche Tatbestände angewandt werden kann, die das Gesetz nicht geregelt hat⁶⁾. Dieses Verfahren wird zum Teil als "Rechts-"⁷⁾ oder "Gesamtanalogie"⁸⁾ bezeichnet,

1) So ausdrücklich Schumann, a.a.O.

2) So aber Bettermann, a.a.O., S. 247, sub V.

3) So z.B. Menger, System, S. 68.

4) So z.B. Larenz, Methodenlehre, S. 359, der diesen Ausdruck für "treffender" hält, da hier nur eine einzelne Gesetzesnorm auf einen ähnlichen Sachverhalt angewendet wird.

5) Vgl. bereits zweiter Teil, III. (S. 23 ff.).

6) Larenz, Methodenlehre, S. 364 f.

7) So z.B. Menger, a.a.O.

8) So z.B. Larenz, a.a.O., der sich im Anschluß an Dahm gegen den Ausdruck "Rechtsanalogie" wendet, da auch die "Gesetzesanalogie" die Anwendung einer Rechtsnorm zum Gegenstand habe. Gegen die Zuordnung dieses Verfahrens zum Begriff der Analogie überhaupt Canaris (a.a.O., § 91, S. 98), der unter Analogie aber nur die "Einzel-" oder "Gesetzesanalogie" versteht (Canaris, a.a.O., § 90, S. 97 f.), sodaß sich dieser Scheinwiderspruch von selbst auflöst.

womit im Verhältnis zur (Einzel- oder Gesetzes-) Analogie herausgestellt werden soll, daß nicht Besonderes mit Besonderem verglichen, sondern von Besonderem auf Allgemeines zurückgegangen und daraus wiederum auf Besonderes geschlossen wird. Eine dogmatisch saubere und systemgerechte Lösung läßt sich deshalb nur aus dem Grundsatz der Subsidiarität der VB entwickeln.

d) Eigener Lösungsvorschlag

Bereits an anderer Stelle¹⁾ wurde das Gebot der Erschöpfung sämtlicher sonstiger Rügemöglichkeiten vor Anrufung des BVerfG als besonderer Prozeßgrundsatz des VB-Verfahrens charakterisiert, da er in dieser konkreten Form nur in dem speziellen Verfahren der VB gilt und auch nur aus diesem heraus entwickelt werden konnte. Denn ein Grundsatz, der die Klagbarkeit bis zur Erschöpfung sämtlicher sonstiger Rügemöglichkeiten hinausschiebt, kann daneben keinem anderen Verfahren mehr immanent sein. Anderenfalls wäre die VB nicht die letzte Chance des Bürgers zur Wahrung seiner Grundrechte.

Diese spezielle Aussage ist aber ohne jede Einschränkung nur sinnvoll und richtig für den Bereich der Interpretations- bzw. Einzelakt- (d.h. der Urteils- und VA-) VB. Denn nur dort kann - von der Ausnahme des Normenkontrollverfahrens nach § 47 VwGO abgesehen - ein Rechtsweg erschöpft werden. Bei der Rechtssatz-VB hingegen ist das BVerfG erstzuständiges Gericht. Ein vorab zu erschöpfender Rechtsweg gegen die Norm ist nicht gegeben.

Aus dieser Tatsache kann auch entgegen von Bally²⁾ nicht hergeleitet werden, daß dem Grundsatz der Subsidiarität der VB im Bereich der Rechtssatz-VB keine Wirkung zukomme. Von Bally und Büsser ziehen aus der vorliegend ebenfalls für zutreffenderachteten Ansicht, daß das BVerfG bei VBEn gegen Normen gleichzeitig erst- und letztzuständiges Gericht ist den Schluß, daß die VB nur in den

1) Vgl. oben zweiter Teil, VI a, S. 53 f.

2) Diss. S. 142 f.; im Ergebnis ebenso Büsser, Diss. S. 24, der allerdings die Bezeichnung der VB als subsidiär überhaupt in Frage stellt.

Fällen ein subsidiärer Rechtsbehelf sei, in denen zunächst der "Subsidiaritätsklausel" des § 90 II 1 BVerfGG gehorchend, ein Rechtsweg beschritten werden könne und müsse. Nach dieser Terminologie stünden sich somit die VB gegen Normen als nicht subsidiärer Rechtsbehelf und die VB gegen Urteile und Einzelakte der Exekutive als subsidiäre Rechtsbehelfe gegenüber.

Diese Ansicht wäre dann konsequent, wenn sich die Subsidiarität der VB im Wortlaut der Regelung des § 90 II 1 BVerfGG erschöpfen würde. Denn da es gegen Normen einen sonstigen Rechtsweg, insbesondere den Reserverechtsweg nach Art. 19 IV 2 GG nicht gibt, kann § 90 II 1 BVerfGG schon dem Tatbestande nach nicht eingreifen.

Von Bally und Büsser ist der Fehler unterlaufen, die Subsidiarität der VB lediglich mit der "Subsidiaritätsklausel"¹⁾ des § 90 II 1 BVerfGG gleichgesetzt zu haben. Damit wurde die Bedeutung des Grundsatzes der Subsidiarität der VB verkannt, der sich gerade nicht im Wortlaut der Regelung des § 90 II 1 BVerfGG erschöpft. Die "Subsidiaritätsklausel" des § 90 II 1 BVerfGG ist nur ein Teil des Grundsatzes, der in diesem Bereich ausdrücklich positiviert wurde.

Auch wenn die Rechtssatz-VB - wie Büsser²⁾ es formuliert - die bundesgesetzliche Konkretisierung der in Art. 19 IV GG enthaltenen Rechtsschutzgarantie auf dem speziellen Sektor des Grundrechtsschutzes gegen Normen ist, so kann daraus nicht gefolgert werden, daß diese einschränkungslos sofort zulässig sein sollte. Denn Rang und Bedeutung der Gesetzgebung verlangen eine besonders streng zu handhabende Prüfung der Frage, ob eine VB gegen die angegriffene Rechtsnorm erhoben werden kann, da die Gefahr eines grundgesetzlich nicht zulässigen Hinübergreifens der richterlichen Gewalt in die Sphäre des Gesetzgebers und somit ein Verstoß gegen das Gebot der Gewaltenteilung besonders groß ist³⁾. Wie bereits Zweigert⁴⁾ for-

1) So ausdrücklich von Bally, Diss. S. 48, N. 74.

2) Diss. S. 24.

3) Schmidt-Bleibtreu, in: Maunz / Schmidt-Bleibtreu u.a., BVerfGG, Rdn. 94 zu § 90.

4) JZ 1952, S. 322.

muliert hat, kann ohne eine derartige Zulässigkeitsbeschränkung leicht eine Machtverschiebung von den eigentlichen gesetzgeberischen Organen zu einem "gouvernement des juges", zu einer "Aristokratie der Robe" hin erfolgen. Die Verfassungsgerichtsbarkeit könnte "vom Hüter zum Auflösungsfaktor der Verfassung" werden¹⁾. Besondere Aktualität erhalten diese Warnungen Zweigerts durch die erst wieder in jüngster Zeit artikulierte Unzufriedenheit der Regierungsparteien mit der Spruchpraxis des BVerfG. So hat der Ministerpräsident des Landes Hessen, Holger Börner (SPD), auf einem Forum zum Gedenken an den sozialdemokratischen Rechtswissenschaftler und Politiker Gustav Radbruch die Frage aufgeworfen, ob das BVerfG noch Hüter des Grundgesetzes sei, oder ob es zunehmend Rechtspolitik betreibe, indem es im Stil verbindlicher Mustergesetze als "Herr der Verfassung" und als "Herrscher der Verfaßten" hervortrete²⁾.

Soweit nun der Grundsatz der Subsidiarität der VB nicht ausdrücklich durch den Gesetzgeber kodifiziert wurde, kann er zwar nicht gehandhabt werden wie eine fest umrissene Einzelnorm, unter die unmittelbar subsumiert werden könnte. Er ist insoweit aber auch nicht wirkungslos. In diesem Falle erfüllt er die Funktion eines Richtungsbegriffes zur Lösung von Fragen, auf die das Gesetz unmittelbar keine Antwort gibt³⁾.

Im Bereich der Rechtssatz-VB hat der Gesetzgeber die jeweiligen Einzelheiten des Verfahrens noch weniger kodifiziert, als dies bei der Einzelakt-VB mit der "Subsidiaritätsklausel" geschehen ist. Speziell das Verhältnis der Rechtssatz-VB zu den sonstigen Klagemöglichkeiten gegen Einzelakte, welche in Vollziehung der (vermeintlich) fehlerhaften Norm ergehen, ist hier im Gegensatz zur Einzelakt-VB durch den Gesetzgeber nicht angesprochen.

1.) Der besondere Prozeßgrundsatz der Subsidiarität der VB als Regulativ

Die Wirkung des aus dem Verfahren der VB entwickelten besonderen

1) Zweigert, a.a.O.

2) Vgl. Frankfurter Allgemeine Zeitung, Montag, 22. Mai 1978, Nr. 104, S. 5; Welt am Sonntag, Ausgabe W-Nr. 21-21, Mai 1978, S. 1.

3) Vgl. oben zweiter Teil, VI. b u. c (S. 54 ff.).

Prozeßgrundsatzes der Subsidiarität der VB erstreckt sich auch auf den nicht ausdrücklich geregelten Bereich der Rechtssatz-VB. Denn in diesem prozessualen Stadium kommt ihm bei der Rechtssatz-VB dieselbe Ordnungsfunktion zu wie bei der Einzelakt-VB.

Sofern ein Einzelakt in Vollziehung der Norm ergangen ist, gestaltet sich das Konkurrenzverhältnis zwischen der Rechtssatz-VB und der nunmehr unmittelbar gegen den Einzelakt gegebenen Klagemöglichkeit ebenso wie das zwischen der Einzelakt-VB und dem vorab zu erschöpfenden Rechtsweg. Hier rivalisiert die Rechtssatz-VB ebenso wie die Einzelakt-VB mit den jeweiligen sachnächsten Rechtsschutzmöglichkeiten der Instanzgerichtsbarkeit und sämtliche, das Gebot der vorgängigen Rechtswegerschöpfung tragenden Grundgedanken gelten für beide VB-Arten unterschiedslos und gleichwertig¹⁾.

Das Gebot der Erschöpfung sämtlicher Rügемöglichkeiten, mit denen der BF neben der VB ebenfalls zum Ziele gelangen könnte, gilt somit auch bei der unmittelbaren Rechtssatz-VB. Es kommt zum Tragen, sobald ein Einzelakt in Vollzug der Norm ergangen ist und diese nunmehr auf dem Umweg über dessen Anfechtung entweder durch Vorlage nach Art. 100 GG bei formellen nachkonstitutionellen Gesetzen oder bei sonstigen Normen beim Instanzgericht selbst zur Überprüfung gestellt werden kann.

Diese Lösung für den Bereich der Rechtssatz-VB ergibt sich bereits aus dem "besonderen Prozeßgrundsatz der Subsidiarität der VB", der in dieser Form nur im Verfahren der VB nach § 90 BVerfGG gilt.

2.) Der allgemeine Prozeßgrundsatz des Feststellungsinteresses als Regulativ

Das vorliegend bereits über den besonderen Prozeßgrundsatz der

1) So im Ergebnis, allerdings ohne nähere Begründung, auch das BVerfG, vgl. z.B. BVerfGE Bd. 31, 364 ff., 369: "Aus dem allgemeinen Grundsatz der Subsidiarität der VB, der nicht nur aus § 90 II BVerfGG zu entnehmen, sondern vom BVerfG- auch im Zusammenhang mit der Anfechtung von Gesetzen - ständig hervorgehoben worden ist folgt zwingend, daß die behauptete Grundrechtswidrigkeit, die immer eine effektive Beeinträchtigung voraussetzt, im jeweils mit der Beeinträchtigung unmittelbar zusammenhängenden sachnächsten Verfahren geltend gemacht werden muß". Mit "allgemeinem" Grundsatz will das BVerfG die Gültigkeit der Subsidiarität für das gesamte VB-Verfahren unterstreichen. Deshalb steht diese Bezeichnung auch nicht mit seiner Eigenschaft als besonderer Prozeßgrundsatz, der nur im VB-Verfahren gilt, in Widerspruch.

Subsidiarität der VB erzielte Ergebnis kann daneben auch im Wege der komperativen Auslegung mit Hilfe eines allgemeinen Prozeßgrundsatzes, der seine Geltung in mehreren Verfahrensordnungen entfaltet¹⁾, gewonnen werden. Mit derartigen allgemeinen Prozeßgrundsätzen können offene Verfahrensfragen beantwortet werden, die das jeweilige Prozeßgesetz überhaupt nicht erwähnt hat²⁾. Daneben können sie aber auch als zusätzliche Argumentationshilfe herangezogen werden, um einen bereits aus dem speziellen Verfahren entwickelten besonderen Prozeßgrundsatz abzusichern³⁾. Dies soll im folgenden versucht werden:

Die Rechtssatz-VB ist innerhalb der drei grundlegenden Klageformen des Prozeßrechtes dem Feststellungsverfahren zuzuordnen⁴⁾. Dem steht auch nicht die obligatorische Nichtigkeitserklärung nach § 95 III 1 BVerfGG entgegen. Diese Nichtigkeitserklärung ist nur deklaratorischer Natur und beruht lediglich auf Erwägungen der Rechtssicherheit, die gebieten, den bestehenden Rechtsschein einer ex tunc nichtigen Norm, deren Verfassungswidrigkeit verbindlich festgestellt ist, zu vernichten⁵⁾.

Ein Leistungsverfahren wird durch Erhebung der Rechtssatz-VB nicht begründet. Denn dies würde einen Leistungsanspruch gegenüber dem Normgeber erfordern, der durch gerichtliche Sachentscheidung zum vollstreckbaren Leistungsbefehl wird. Ein Anspruch auf Beseitigung einer von Anfang an unwirksamen Vorschrift hat aber für den Anspruchsteller keinen Sinn⁶⁾.

1) Vgl. zum allgemeinen Prozeßgrundsatz oben zweiter Teil, VI. a (S. 51 f.).

2) So z.B. beim materiell-rechtlich unterschiedslosen Rechtsschutzbedürfnis.

3) Vgl. oben N. 1.

4) Büsser, Diss. S. 42, "ihrem Wesen nach eine verfassungsprozessuale Feststellungsklage eigener Art!"; vgl. auch Renck, DöV 1964, S. 655, 1.Sp. so wohl auch Schmidt-Bleibtreu, in: Maunz / Schmidt-Bleibtreu u.a., BVerfGG, Rdn. 8 zu § 24, der Parallelen zum Feststellungsverfahren des Zivilprozesses nach § 256 ZPO zieht, sowie das BVerfG, vgl. BVerfGE Bd. 12, 311 ff., 317; 13, 248 ff., 253; 14, 260 ff., 263.

5) Büsser, a.a.O.

6) Ebenso Renck, a.a.O., S. 655, 1.Sp.

Auch ein Gestaltungsanspruch ist begrifflich ausgeschlossen, denn gegen eine unwirksame Norm bedarf es keines irgendwie rechtsgestaltenden Aufhebungsaktes.

Es verbleibt somit für die Rechtssatz-VB nur die Form des Feststellungsverfahrens, welches im Gegensatz zum Klageziel der Einzelakt-VB nicht der unmittelbaren Geltendmachung eines bestimmten Anspruches, sondern der gerichtlichen Klärung eines Rechtsverhältnisses dient. Dieses Rechtsverhältnis, das es zu klären gilt, besteht als Folge der subjektiven Rechte des einzelnen gegenüber dem Staat²⁾. Genau genommen handelt es sich bei der Rechtssatz-VB um eine sogenannte negative Feststellungsklage, da mit ihr die Nichtigkeit einer Norm geltend gemacht wird.

Ein Feststellungsverfahren ist grundsätzlich ausgeschlossen, sofern der Anspruchsteller sein Recht durch Leistungs- bzw. Gestaltungsklage verfolgen kann³⁾. Dies folgt aus dem Bestreben, Doppelprozesse zu vermeiden⁴⁾. Denn nach einhelliger Meinung gewährt die Feststellungsklage keinen umfassenden Rechtsschutz, da sie nur auf Herstellung von Rechtsgewissheit abzielt. Sofern nun mit der Feststellungsklage nicht sämtliche Streitpunkte abgedeckt sind, besteht die Möglichkeit, daß diese ein weiteres Gerichtsverfahren nach sich ziehen. Wenn somit die Feststellungsklage ein Rechtsschutzbegehren nicht ausschöpft, tritt sie hinter gleichzeitig gegebenen umfassenderen oder spezielleren Rechtsbehelfen zurück⁵⁾.

Trotz dieser im Ergebnis einhelligen Ansicht werden auf dem Wege dorthin unterschiedliche Auffassungen vertreten.

Nicht zutreffend dürfte es sein, das Feststellungsinteresse als Ausprägung des (allgemeinen) Rechtsschutzbedürfnisses einzustufen⁶⁾.

1) Renck, a.a.O., S. 654, r.Sp., sub 2.

2) Renck, a.a.O., S. 655, r.Sp., sub b.

3) Grunsky, Verfahrensrecht, § 39, sub IV, V u. VI (S. 397 ff.); Kadel, Diss. S. 86 f.; jeweils m.w.N.

4) Kadel, a.a.O.

5) Schumann / Leipold, in: Stein / Jonas, ZPO, Anm. 5 zu § 253 III.

6) So aber Grunsky, a.a.O., S. 345.

Denn wie bereits mehrfach ausgeführt¹⁾, gibt es nur ein allen Rechtsschutzverfahren unterschiedslos zugrundeliegendes (allgemeines) Rechtsschutzbedürfnis. Sofern daneben sonstige (allgemeine oder besondere) Prozeßvoraussetzungen existieren, kommt diesen selbständige Natur zu. Fehlt eine derartige (negative) Prozeßvoraussetzung, so liegt darin der Abweisungsgrund, nicht aber im Mangel des Rechtsschutzbedürfnisses. Denn dieses kommt erst dann zum Tragen, wenn sämtliche sonstigen (allgemeinen oder besonderen) Prozeßvoraussetzungen des betreffenden Rechtsschutzmittels gegeben sind.

Ebenfalls sollte vermieden werden, von einer Subsidiarität der Feststellungsklage zu sprechen²⁾. Denn diese Bezeichnung verträgt sich nicht mit der Erkenntnis, daß dem Feststellungsverfahren neben den sonstigen (gestaltenden oder auf eine Leistung gerichteten) Rechtsschutzmöglichkeiten Selbständigkeit und gleichrangige Bedeutung zukommt³⁾.

Eine weitere Vertiefung dieser Fragen gebietet die vorliegende Untersuchung aber nicht. Hier ist nur das abschließende, von keiner Meinung bestrittene Resultat von Bedeutung, wonach das Feststellungsverfahren in jeder Prozeßordnung ausgeschlossen ist, soweit der Kläger seine Rechte durch Gestaltungs- oder Leistungsklage verfolgen kann oder hätte verfolgen können.

Besonders herausgestellt wurde dieser allgemeine (Prozeß-) Grundsatz im Bereich des SGG⁴⁾, da § 55 SGG im Gegensatz zu §§ 41 FGO

1) Vgl. oben II. b, 3. (S. 78 ff.) u. c, 2. (S. 139 f.).

2) Dieser Begriff wird zur Charakterisierung der Feststellungsklage vielfach kritiklos verwendet; vgl. z.B. für die VwGO, Eyermann / Fröhler, VwGO, Rdn. 14 zu § 43; Kopp, VwGO, Rdn. 8 zu § 43; für die ZPO, Grunsky, a.a.O., S. 398, m.w.N.; für die FGO, Ziemer / Birkholz, FGO, Rdn. 32 zu § 41; für das SGG, Meyer - Ladewig, SGG, Rdn. 19 zu § 55; Peters / Sautter / Wolff, SGG, Rdn. 8 zu § 55.

3) Kadell, a.a.O.; Schumann / Leipold, in: Stein / Jonas, ZPO, Anm. 5 b zu § 256 III (S. 1020); vgl. speziell zur verwaltungsgerichtlichen Feststellungsklage auch Menger, System, S. 238 f. u. von Mutius, VerwArch Bd. 36 (1972), S. 229 ff.

4) Vgl. Brackmann, Sozialversicherung, S. 240 k, Rdn. 2; Meyer - Ladewig, SGG, a.a.O.

und § 43 VwGO nicht ausdrücklich klarstellt, daß die Feststellungsklage hinter anderen Rechtsbehelfen zurücktritt. Zutreffend weisen Peters / Sautter / Wolff¹⁾ darauf hin, daß die Aufnahme einer Vorschrift gleichen Inhalts wie bei §§ 41 FGO und 43 VwGO in das SGG nicht erforderlich war, da es sich nur um die Wiederholung einer "allgemeingültigen Rechtsauffassung"²⁾ gehandelt hätte.

Aus diesem allgemeinen Prozeßgrundsatz ergibt sich somit für die Rechtssatz-VB dieselbe Konsequenz. Denn aus der allgemeinen Prozeßrechtslehre erwächst das Gebot, das zu einer Gleichbehandlung gleicher Phänomene in den verschiedenen Prozeßarten zwingt³⁾. Dies gilt auch für das Verfassungsprozeßrecht, da es trotz aller Eigenständigkeit nicht aus dem Verband der Verfahrensordnungen, der dem allgemeinen Prozeßrecht zugrundeliegt, herausgelöst werden darf⁴⁾.

Die Rechtssatz-VB tritt als Feststellungsklage somit hinter allen daneben möglichen Rechtsschutzformen, mit denen der gesamte Streitgegenstand abschließend geklärt werden könnte, zurück. Dies ist immer dann der Fall, wenn bereits ein Einzelakt in Vollzug der anzufechtenden Norm ergangen ist und dem BF hiergegen ein Rechtsmittel zur Verfügung steht. Denn dieses Rechtsmittel ist geeignet, nicht nur den Einzelakt, sondern daneben auch die Norm - sei es durch das Instanzgericht selbst, sofern sie seiner Verwerfungskompetenz unterliegt oder durch Vorlage nach Art. 100 GG - zu beiseitigen. Durch die Rechtssatz-VB würde dahingegen der Normvollzug nicht aufgehoben, wie sich aus §§ 79 II 1 i.V.m. § 95 III 3 BVerfGG ergibt.

1) Undihnenfolgend Brackmann u. Meyer-Ladewig, jeweils a.a.O.

2) So auch die Gesetzesbegründung des Regierungsentwurfes, vgl. bei Peters / Sautter / Wolff, a.a.O.

3) Renck, NJW 1965, S. 1973, r.Sp.; Stephan, Rechtsschutzbedürfnis, S. 98.

4) Schumann, JZ 1973, S. 489, r.Sp.

Dem vorstehend gewonnenen Ergebnis steht auch nicht die vielfach propagierte Ausnahme entgegen, wonach Feststellungsklagen gegen juristische Personen des öffentlichen Rechtes nicht durch daneben mögliche Leistungsklagen ausgeschlossen seien¹⁾, da angenommen werden könne, daß die Behörde dem Richterspruch wegen ihrer in der Verfassung verankerten Bindung an Gesetz und Recht auch ohne Leistungsurteil und Vollstreckungsdruck nachkommen werde. Denn dem Urteilsspruch des BVerfG kommt nur deklaratorische Bedeutung zu, da rechtswidrige Gesetze ex tunc nichtig sind und für eine freiwillige Unterwerfung wegen § 79 II 1 BVerfGG kein Raum ist.

3.) Die praktische Konsequenz im Einzelfall

aa) Es ist bereits ein Einzelakt in Vollzug der Norm ergangen

Sofern bereits ein Einzelakt in Vollzug der (vermeintlich) fehlerhaften Norm ergangen ist, ist die VB, sei sie in Form einer unmittelbaren Rechtssatz- oder auch einer Einzelakt- und mittelbaren Rechtssatz-VB eingelegt, wegen des Grundsatzes der (relativen) Subsidiarität der VB bis zurendgültigen Erschöpfung sämtlicher sonstiger Rügemöglichkeiten unzulässig. Dies gilt nicht nur im Bereich der Gesetze, die noch nicht selbst, sondern erst in Verbindung mit einem Vollzugsakt die Grundrechtsverletzung vollenden, sondern auch bei den "self-executing" Normen.

In krassem Gegensatz zu dem von ihm selbst immer wieder betonten Grundsatz der Subsidiarität der VB steht die Entscheidung des BVerfG²⁾, wonach dem BF bei Rechtsnormen, die unmittelbar in seine Rechte eingreifen, alle Anfechtungsmöglichkeiten wahlweise und somit auch sogleich die VB offenstünden. Diese Auffassung widerspricht der Funktion der VB als letzte Chance zur Wahrung der Grundrechte des einzelnen, welche durch ihre vorzeitige, nicht

1) So z.B. Meyer-Ladewig, SGG, Rdn. 19 zu § 55; a.A., Kopp, VwGO, Rdn. 8 zu § 43 u. von Mutius, VerwArch Bd. 63 (1972), S. 229 ff.

2) BVerfGE Bd. 4, 7 ff., 11.

zwingend erforderliche Gewährung unter Verstoß gegen den Grundsatz der Subsidiarität unterlaufen würde. Eine Abweichung von diesem Grundsatz ist nur im Falle des § 90 II 2 BVerfGG möglich; eine Ausnahmeregelung, durch welche der Grundsatz der Subsidiarität der VB gerade bestätigt wird.

bb) Der Einzelakt ergeht erst nach Rechtshängigkeit der Rechtssatz-VB

Falls bei einer ursprünglich zulässigen Rechtssatz-VB nach ihrer Rechtshängigkeit ein die Norm anwendender Einzelakt ergeht, so führt dies nicht im Nachhinein zu ihrer Unzulässigkeit. Anderenfalls hätte es die Exekutive in der Hand, eine bei Erhebung noch zulässige VB unzulässig werden zu lassen, indem sie einen Vollzugsakt erließe. Auch könnte das BVerfG durch Hinauszögerung seiner Entscheidung dasselbe Ergebnis erzielen¹⁾.

Der Normbetroffene ist allerdings zur Vermeidung von Rechtsnachteilen wegen der sich aus §§ 79 II 1 in Verbindung mit § 95 III 3 BVerfGG ergebenden Folgen gehalten, neben dem direkten verfassungsprozessualen Angriff gegen die Norm auch den darauf beruhenden Einzelakt anzufechten. Denn anderenfalls würde dieser trotz erklärter Nichtigkeit der Norm bestandskräftig bleiben.

Wegen des Grundsatzes der Subsidiarität ist es nun aber nicht möglich, die unmittelbare Rechtssatz-VB einfach in eine unmittelbare Einzelakt- und mittelbare Rechtssatz-VB zu erweitern. Denn ein Einzelakt unterliegt der Kognition des BVerfG erst dann, wenn sämtliche sonstigen Rechtsschutzmöglichkeiten nicht zum Ziele geführt haben. Nur wenn der grundrechtsverletzende Einzelakt auch nach Erschöpfung des Rechtsweges immer noch bestehen sollte, kann der BF die bereits vor seinem Erlass eingelegte unmittelbare Rechtssatz-VB durch Nachschieben von Gründen und Antragserweiterung in eine mittelbare Rechtssatz- und unmittelbare Einzelakts-VB ändern, um zu verhindern, daß der Einzelakt bestandskräftig wird und trotz einer sich später eventuell ergebenden Nichtigkeit der Norm nicht mehr aufgehoben werden kann (§ 79 II 1 BVerfGG).

1) So Büsser, Diss. S. 91.

So lange nun die bereits eingelegte Rechtssatz-VB und die anschließend gegen den später ergangenen Vollzugsakt erhobene Klage rechtshängig sind, besteht eine Doppelspurigkeit zweier Rechtsschutzverfahren, deren Ausgang gleichermaßen von der rechtlichen Beurteilung ein und derselben Norm abhängig ist.

Bei dieser Fallkonstellation könnten nun theoretisch beide Verfahren parallel und unabhängig voneinander weiterlaufen, oder aber es könnte eines von beiden auszusetzen sein.

Die parallele und gleichzeitige Weiterbetreibung beider Verfahren scheidet aus, da sie einen Verstoß gegen den Grundsatz der Prozeß-ökonomie darstellen würde. Auch sollen sich widersprechende Urteile tunlichst verhütet werden¹⁾. Dies würde der Autorität des Staates und der Achtung des einzelnen vor der Rechtsprechung Schaden zufügen.

Desweiteren erlischt auch das Interesse an der Rechtssatz-VB als negativer Feststellungsklage, sofern nachträglich eine Leistungsklage in Form einer unmittelbaren Einzelakt- und mittelbaren Rechtssatz-VB erhoben wird, deren Gegenstand die ursprünglich erhobene unmittelbare Rechtssatz-VB mitumfaßt. In den instanzgerichtlichen Verfahren wird in diesem Falle der Feststellungsantrag des Klägers regelmäßig unzulässig. Er kann in diesem Falle der Abweisung nur dadurch entgehen, daß er eine Erledigungserklärung abgibt. Denn auch der nachträgliche Wegfall der Zulässigkeit stellt eine Erledigung der Klage dar.²⁾

Dieser Grundsatz läßt sich auf das Verhältnis des VB-Verfahrens zu der instanzgerichtlichen Leistungsklage nicht in vollem Umfange übertragen, da es sich nicht um gleichgelagerte Phenomene handelt. Sofern innerhalb eines instanzgerichtlichen Verfahrens nach einer ursprünglich eingelegten Feststellungsklage Leistungsklage erhoben wird, die den Gegenstand der Feststellungsklage mitumfaßt, so ist ein gesondertes Interesse an der ausschließlichen Feststellung dieses Teilbereiches ein für allemal fortgefallen. Denn das Fest-

1) Schumann / Leipold, in: Stein / Jonas, ZPO, Anm. 1 zu § 263 III.

2) Vgl. Schumann / Leipold, in: Stein / Jonas, ZPO, Anm. 8 zu § 256 IV.

stellungsbegehren ist untrennbar mit dem Leistungsantrag verbunden, da dieser ohne gleichzeitige Klärung des Gegenstandes der Feststellungsklage niemals entschieden werden könnte.

Nicht so verhält es sich aber bei der unmittelbaren Rechtssatz-VB und der nachträglich gegen den Einzelakt erhobenen Leistungsklage vor den Instanzgerichten. Diese Leistungsklage kann sehr wohl so entschieden werden, daß nachträglich noch Raum für die negative Feststellungsklage in Form der Rechtssatz-VB bleibt. Dies ist immer dann der Fall, wenn die Instanzgerichte die Norm, die dem Einzelakt zugrundelag, nicht selbst verwerfen, sofern sie ihrer Verwerfungskompetenz unterliegt oder wenn sie nicht nach Art. 100 GG vorgelegt haben. Das Feststellungsinteresse an der unmittelbaren Rechtssatz-VB ist somit nicht ein für allemal entfallen, wenn nachträglich eine Leistungsklage vor den Instanzgerichten erhoben wird, sondern nur auf Dauer. Es verbleibt somit zur Vermeidung der unerwünschten Doppelspurigkeit beider Rechtsbehelfe nur die Aussetzung eines der Verfahren.

Soweit zu dem Problem der parallel rechtshängigen Verfahren bisher Stellung bezogen wurde, wird nach einhelliger Auffassung eine Aussetzung des Verfahrens bei den Instanzgerichten befürwortet¹⁾. Als Begründung dient z.B. die Behauptung, "es sei das beste", wenn das Prozeßgericht sein Verfahren aussetze, da auf diese Weise vermieden werde, daß sich auch dieses neben dem BVerfG mit der Frage der Verfassungsmäßigkeit der betreffenden Norm beschäftigen müsse²⁾. Oder es wird in pauschaler Form angeführt, daß dieses Vorgehen "schon aus Gründen der Prozeßökonomie richtig" sei³⁾, bzw. eine Aussetzung durch das Instanzgericht besser sei, da es sonst Gefahr laufen könnte, durch das BVerfG desavouiert zu werden⁴⁾.

1) So Büsser, Diss. S. 99; Geiger, DRiZ 1951, S. 173; Leibholz / Rupprecht, BVerfGG, S. 331; so wohl auch Schmidt-Bleibtreu, in: Maunz / Schmidt-Bleibtreu u.a., BVerfGG, Rdn. 3 zu § 33 u. Rdn. 104 zu § 90; BVerfGE Bd. 3, 58 ff., 74.

2) So Büsser, a.a.O.

3) So Leibholz / Rupprecht, BVerfGG, u. das BVerfG, jeweils a.a.O.

4) So Geiger, a.a.O.

Von der Fragwürdigkeit der Argumentation einmal abgesehen¹⁾ widerspricht dieses Ergebnis eindeutig dem Grundsatz der Subsidiarität der VB. Solange eine Beseitigung der Beschwer über die Instanzgerichte – und sei es bei der Rüge einer Norm auch erst auf dem Umweg der Anfechtung des Einzelaktes – möglich ist, hat sich das BVerfG aus wohlüberlegten Gründen, die ihm erst seinen einzigartigen Ausnahmecharakter verleihen, zurückzuhalten. Diese exklusive Stellung als Hüter der Verfassung würde es verlieren, wenn es bereits tätig werden wollte, solange der Rechtsstreit auch im Bereich der Instanzgerichte angefochten werden kann.

Der Grundsatz der Subsidiarität der VB gebietet eine Aussetzung des VB-Verfahrens bis zur endgültigen Ausschöpfung des parallel laufenden instanzgerichtlichen Rechtsstreites. Hierzu bietet das Verfahrensrecht dem BVerfG auch das geeignete prozessuale Instrument in § 33 BVerfGG. Unerheblich ist es für den Aussetzungsbeschluß, ob der andere Rechtsstreit vor oder erst nach dem auszusetzenden anhängig geworden ist²⁾. Sollte der seltene Fall eintreten, daß beide Gerichte ihr Verfahren aussetzen, so hat der Beschluß des BVerfG Vorrang und die Aussetzung des Instanzgerichtes ist aufzuheben³⁾.

Nur durch eine rigorose Einhaltung des Grundsatzes der Subsidiarität kann das VB-Verfahren seine Aufgabe in vollem Umfange zum Nutzen aller erfüllen. Ein Vorpreschen des BVerfG in Bereiche, die auch durch die Instanzgerichte bearbeitet werden können, wäre immer nachteilig. Der Wert des Grundsatzes der Subsidiarität der VB kann deshalb nicht hoch genug angesetzt werden.

-
- 1) Gründe der Prozeßökonomie können ebenfalls für eine Aussetzung durch das BVerfG herangezogen werden und eine "Desavouierung" der Instanzgerichte durch das BVerfG findet immer statt, wenn dieses seiner Funktion entsprechend das Recht unter Aufgabe bisheriger Standpunkte entwickelt.
 - 2) Stein / Jonas, ZPO, Anm. 1 b zu § 148 II.
 - 3) Geiger, a.a.O.; Stein / Jonas, ZPO, Anm. 1 a zu § 148 III; Schmidt-Bleibtreu, in: Maunz / Schmidt-Bleibtreu u.a., BVerfGG, Rdn. 3 zu § 33; im Verhältnis des BVerfG zum ordentlichen Rechtsweg ergibt sich dieses Ergebnis bereits aus Art. 19 IV GG, da letzterer im Falle eines negativen Kompetenzkonfliktes zur Vermeidung eines rechtsschutzfreien Raumes immer gegeben sein muß, vgl. oben III. a, 2 (S. 112) u. bereits oben II. c, 3. (S. 92 f.).

Die Autorität des BVerfG muß gewahrt bleiben und sie darf nicht durch vermeidbare Stellungnahmen verschlissen werden, ganz zu schweigen von der Gefahr eines vorzeitigen und gegebenenfalls vermeidbaren Hinübergreifens in die Domäne des Gesetzgebers. Auch im instanzgerichtlichen Verfahren besteht die Möglichkeit, daß eine eventuelle Grundrechtsverletzung im Wege verfassungskonformer Auslegung abgefangen wird¹⁾. Desweiteren können dort bereits die Normen, die der Verwerfungskompetenz der einfachen Gerichte unterliegen, ausgesondert werden. Das BVerfG wird insoweit entlastet für die Überprüfung der Gesetze, die ausschließlich seiner Verwerfungskompetenz unterliegen. Aber auch bei formellen nachkonstitutionellen Gesetzen, die das Instanzgericht nicht nach Art. 100 GG vorlegt, besteht die Möglichkeit, daß es den BF von ihrer Verfassungskonformität überzeugen kann. Dann wird dieser die noch rechtshängige VB zurücknehmen. Dies ist ihm im Gegensatz zu den instanzgerichtlichen Prozeßordnungen im VB-Verfahren bis zum Urteil unbeschränkt möglich²⁾.

Dem Vorrang des Instanzenzuges vor der VB entspricht auch die Systematik des Grundgesetzes. Denn Art. 100 GG ist im Gegensatz zu Art. 94 I Nr. 4 a GG eine nähere Ausgestaltung und Fortführung des Rechtsschutzes aus dem instanzgerichtlichen Verfahrensbereich. Art. 100 GG setzt das BVerfG auch zu einer umfassenden Überprüfung der Normen in die Lage, die sich nicht wie bei der VB auf Grundrechtsverletzungen erstreckt³⁾.

Es liegt auch im Interesse des BF, zunächst den Instanzenzug mit seiner Vorlagemöglichkeit nach Art. 100 GG oder der Möglichkeit der Verwerfung von Normen, die seiner Kompetenz unterliegen, zu

1) Stein / Jonas, ZPO, Einl M III 2 b.

2) Vgl. Lechner, BVerfGG, S. 177.

3) Allerdings ist zuzugeben, daß dieses Argument seit der Elfes-Rechtsprechung und der damit verbundenen Erweiterung der Kognition des BVerfG im Bereich der Rechtssatz-VB an Schlagkraft verloren hat. Denn nunmehr wird jede Rechtswidrigkeit einer Norm über Art. 2 GG auch als Grundrechtswidrigkeit gewertet, wodurch jedes fehlerhafte Gesetz der beschränkten Kognition des BVerfG im Bereich des VB-Verfahrens unterliegt.

bemühen, da in diesem Falle eine Abhilfe sehr viel wahrscheinlicher ist. Denn hier gilt die strenge Hürde des Annahmeverfahrens nach § 93 a BVerfGG, die bei Erlaß des Einzelaktes vielfach nicht überwunden sein dürfte, nicht. Daneben kommt der VB im Gegensatz zu den instanzgerichtlichen Verfahren keine vollzugshemmende Wirkung zu. Dieser Umstand kann eine späte Sachentscheidung vielfach nutzlos machen.

Die Aussetzung des Rechtssatz-VB-Verfahrens hat lediglich zur Voraussetzung, daß das andere Verfahren anhängig ist¹⁾.

Das BVerfG hat nun keine gesetzliche Handhabe, den BF zu zwingen, das instanzgerichtliche Verfahren anhängig zu machen, damit es aussetzen kann. Der BF wird aber wegen § 79 II 1 BVerfGG und zur Herbeiführung der Suspensivwirkung den Einzelakt auf jeden Fall anfechten, um alle Rechte zu wahren. Sofern der BF dies versäumt, kann er später mangels Erschöpfung des Rechtsweges die unmittelbare Rechtssatz-VB in eine unmittelbare Einzelakt- nebst mittelbarer Rechtssatz-VB erweitern.

Sollte das BVerfG von der Anfechtung des Einzelaktes durch den BF im Instanzenzug nichts erfahren, so ergehen dennoch keine sich ständig widersprechenden Urteile in einer Sache. Denn wenn das Instanzgericht vorlegt, so kommt der Rechtsstreit zum BVerfG. Durch die Zuständigkeitsverteilung nach § 14 BVerfGG in Verbindung mit dem Verteilungsplan ist auch gesichert, daß die Norm dem Senat vorgelegt wird, bei dem bereits das unmittelbare Rechtssatz-VB-Verfahren anhängig ist. Sofern die Instanzgerichte die Verfassungskonformität der Norm bejahen sollten, kann der BF anschließend immer noch das BVerfG anrufen. Sofern dieses dann eine Sachentscheidung fällt, schließt es sich der Ansicht der Instanzgerichte oder des BF an. Im Endergebnis erfolgt somit nach jeder denkbaren Fallkonstellation nur eine einheitliche Entscheidung.

1) Allgemein hierzu, Stein / Jonas, ZPO, Anm. 1 d zu § 148 II.

4.) Zusammenfassung

Eine Rechtssatz-VB unmittelbar gegen die fehlerhafte Norm ist unzulässig, sofern bereits ein Vollzugsakt ergangen ist. In diesem Falle ist zunächst der Einzelakt anzufechten und der Instanzenzug zu erschöpfen.

Zwar hat der Gesetzgeber im Bereich der Rechtssatz-VB eine ausdrückliche Regelung nicht getroffen, da § 90 II 1 BVerfGG einen vorab zu erschöpfenden Rechtsweg voraussetzt, den es bei Normen bis auf den kleinen Teilbereich des § 47 VwGO gerade nicht gibt. Das Verfahren wird insoweit aber unmittelbar durch den Grundsatz der Subsidiarität der VB geregelt, der seine Wirkung auch im Bereich der Rechtssatz-VB entfaltet.

Neben diesem speziellen verfassungsprozessualen Grundsatz ergibt sich dieselbe Konsequenz auch aus einem weiteren Grundsatz, der dem allgemeinen Prozeßrecht angehört. Danach sind Feststellungsklagen – und um eine solche handelt es sich bei der unmittelbaren Rechtssatz-VB – bei mangelndem Feststellungsinteresse unzulässig. Dies ist dann der Fall, wenn auch Leistungsklage erhoben werden kann, eine Möglichkeit, die mit Anfechtung des Einzelaktes beim Instanzgericht gegeben ist.

Sofern erst nach Rechtshängigkeit der Rechtssatz-VB der Vollzugsakt ergeht, wird diese aber nicht mehr unzulässig. Dies gilt selbst dann, wenn der BF den Einzelakt daneben im Instanzenzug anfecht, wozu ihm zur Vermeidung seiner Unanfechtbarkeit¹⁾ zu raten ist. Denn das Feststellungsinteresse an der Rechtssatz-VB ist durch die nachträglich erhobene Leistungsklage nicht ein für allemal ausgeschlossen. Es lebt wieder auf, wenn die Nichtigkeit der Norm nicht innerhalb des Instanzenzuges – und sei es durch Vorlage nach Art. 100 GG – festgestellt wurde.

Da nun sowohl die Rechtssatz-VB als auch das instanzgerichtliche

1) Vgl. § 79 II 1 BVerfGG.

Verfahren nebeneinander zulässig sind, ist bei gleichzeitiger Rechtshängigkeit beider Verfahren eines der beiden auszusetzen, um eine unerwünschte Doppelspurigkeit zu vermeiden. Entgegen der bisher hierzu vertretenen Ansicht kann dies nur das Verfahren der Rechtssatz-VB sein. Denn der Grundsatz der Subsidiarität der VB verbietet dem BVerfG nicht nur im eigenen, sondern auch im Interesse des BF ein Tätigwerden, solange der Rechtsstreit durch die Instanzgerichte erledigt werden kann. In diesem prozessualen Verfahrensabschnitt kann die sofortige Zuständigkeit des BVerfG bestenfalls durch Vorlage nach Art. 100 GG, nicht aber durch die Initiative des BF selbst begründet werden. Dieser Grundsatz wird durch die Ausnahmeregelung des § 90 II 2 BVerfGG indirekt bestätigt.

Sofern nun das BVerfG in der Sache noch nicht entschieden hat, kann der Grundsatz der Subsidiarität der VB jederzeit noch nach Erhebung der unmittelbaren Rechtssatz-VB aktuell werden. Denn seine prozessuale Wirkung endet nicht mit der Einlegung der VB.

Vierter Teil: Die relative Subsidiarität der VB nach der Rechtsprechung des BVerfG und ihre Vereinbarkeit mit der Verfassung

I. Vorbemerkungen

Bereits an anderer Stelle wurde die nähere Konkretisierung des Zulässigkeitserfordernisses der vorgängigen Rechtswegerschöpfung durch das BVerfG aufgezeigt¹⁾. Es hat sich klar herausgestellt, daß das BVerfG mit der Weiterentwicklung des Grundsatzes der relativen Subsidiarität das Ziel verfolgte, diese Zulässigkeitsvoraussetzung der VB eng zu gestalten, mit anderen Worten, an das Erfordernis der vorgängigen Rechtswegerschöpfung sehr strenge Maßstäbe anzulegen. Letztlich hat das BVerfG durch seine Spruchpraxis dem BF die Pflicht aufgebürdet, im Bereich der Fachgerichte, d.h. sämtlicher in Betracht kommender sonstiger Gerichtszweige, jede prozessuale Möglichkeit zur Beseitigung des Hoheitsaktes zu

1.) Vgl. oben dritter Teil, II. (S. 64 f.).

nutzen, dessen Grundrechtswidrigkeit er geltend macht. Der Rechtsweg ist nach der Ansicht des BVerfG somit nicht dann schon in jedem Falle erschöpft, wenn Beschwerde, Berufung und Revision ausgeschlossen sind. Erinnert sei an die Gegenvorstellung nach § 33 a StPO¹⁾, deren Anwendungsbereich das BVerfG ausdrücklich unter Berufung auf den Grundsatz der Subsidiarität der VB, der nach Auffassung des Gerichts in der 1969 eingefügten Grundrechtsnorm des Art. 94 II 2 GG verankert ist²⁾, im Wege der Auslegung zu ermitteln sei. Das BVerfG hatte nicht nur verbindlich klargestellt, daß die Gegenvorstellung ebenfalls zum vorab zu erschöpfenden Rechtsweg gehört. Gleichzeitig hat es diese strafprozessuale Vorschrift auch dahingehend ausgelegt, daß sie jeden Verstoß gegen Art. 103 I GG im Beschlußverfahren erfaßt³⁾, obwohl ihr Wortlaut zunächst nur Fälle trifft, in denen der Entscheidung Tatsachen oder Beweisergebnisse zugrundeliegen, zu denen der Unterlegene zuvor nicht gehört wurde, nicht aber etwa der Sachverhalt, daß es dem Verfahrensbeteiligten versagt blieb, neue Tatsachen oder Beweismittel einzubringen⁴⁾.

Auch die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, die der BF nach der Rechtsprechung des BVerfG neben einer, daneben gleichzeitig bereits zulässigen Revision, Rechtsbeschwerde bzw. dem Antrag auf deren Zulassung noch gesondert betreiben muß⁵⁾, kann nicht mehr nur als Rechtsbehelf innerhalb des Instanzenzuges angesehen werden. Vielmehr handelt es sich um ein neben dem normalen Verfahren stehendes Rechtsmittel selbständiger Natur. Dasselbe gilt ebenso für die Wiederaufnahmeverfahren nach §§ 359 StPO und 578 ZPO, die nach den andeutungsweisen Ausführungen des BVerfG wohl auch zu dem vorab zu erschöpfenden Rechtsweg zu zählen sind⁶⁾.

Auf einer konsequenten Anwendung des Grundsatzes, daß der BF vor

1) Vgl. schon oben, S. 66.

2) Vgl. auch Schäfer, BayVBl 1976, S. 679, 1.Sp.

3) BVerfGE Bd. 42, 243 ff., 250, sub 5.

4) Schäfer, a.a.O.

5) Vgl. bereits oben, S. 64 f.

6) Vgl. bereits oben, S. 69 f.

Anrufung des BVerfG jede prozessuale Möglichkeit im Bereich sämtlicher Fachgerichte genutzt haben muß, um seine Grundrechtsbeschwer bereits dort zu beseitigen, liegt auch die "Zeugen-Jehova-Entscheidung"¹⁾. Das BVerfG stellt gleich zu Anfang fest²⁾: "Der BF hat den Rechtsweg gegen die mit der VB angefochtenen strafgerichtlichen Urteil erschöpft". Gleichwohl verneint es wegen des Grundsatzes der Subsidiarität die Zulässigkeit der VB, da der Antragsteller nicht ebenfalls den Rechtsweg gegen den Einberufungsbescheid erschöpft hatte³⁾.

Ridder⁴⁾ meint in seiner Urteilsanmerkung dazu, daß diese Einschränkung der Zulässigkeit der VB mit dem unmißverständlichen Wortlaut des § 90 II 1 BVerfGG in Widerspruch stehe, wonach "der"⁵⁾ - im Singular als Zulässigkeitssperre genannte - Rechtsweg nur derjenige sein könne, der gegen den mit der VB angegriffenen Hoheitsakt zur Verfügung stehe. Nach Ridder hätte somit das BVerfG die VB des beschwerdeführenden Zeugen Jehova, die sich auf das Strafurteil bezog, nicht mit der angezogenen Begründung abweisen dürfen. Denn der Rechtsweg zu den Strafgerichten war unstreitig erschöpft, was nach Ridder auch die Erschöpfung "des Rechtsweges" nach § 90 II 1 BVerfGG zur Folge hatte. Auch der "Ausnahme"⁶⁾ - Charakter der VB bestimme sich nur nach dem Gesetz. Das Gesetz bestimme aber lediglich, daß die VB wegen Verletzung der in § 90 I genannten (Grund-) Rechte erhoben werden könne. Dies sei die Ausnahme zu den meisten anderen Rechtsbehelfen unserer Rechtsordnung, die gegen sehr viel mehr oder gar alle Rechtsverletzungen einsatzfähig seien.

1) BVerfGE Bd. 22, 288 ff.

2) a.a.O., S. 290, sub 1.

3) Eine beim VG Köln gegen die Einberufung zum zivilen Ersatzdienst erhobene Anfechtungsklage hatte der BF mit der Behauptung zurückgenommen, daß eine gleichliegende Klage bereits abgewiesen worden und er im Unterliegensfalle finanziell nicht zur Weiterverfolgung des Rechtsstreits in der höheren Instanz in der Lage sei. Da er den Dienst nicht angetreten hatte, wurde er wegen Dienstflucht zu einer Gefängnisstrafe von 4 Monaten verurteilt.

4) JZ 1968, S. 378, r.Sp.

5) Vom Verfasser hervorgehoben.

6) Vom Verfasser hervorgehoben.

Ridder sieht somit den Ausnahmecharakter der VB nur im Bereich der absoluten Subsidiarität angesiedelt. Einen Grundsatz, nach dem der Nichtgebrauch von Rechtsbehelfen vorwerfbar wäre und außer den dem Gesetz zu entnehmenden Rechtsfolgen weitere Rechtsnachteile mit sich brächte, sei "schlechthin rechtsstaatswidrig". Dies gelte dann auch für den Grundsatz der Subsidiarität, da er gesetzlich nicht normiert sei²⁾. Die sich immer weiter entfaltenden Sequenzen eines scheinbar unverfänglichen Entlastungsmotives ließen schon längst unüberwindbare Zweifel an der Tauglichkeit zur Abwehr eines grundrechtswidrigen Krisenmanagements aufkommen³⁾. Ridder spricht dann bereits von einer "Ebbe des Instituts" und mahnt: "Wer als Jurist um das Verständnis der in der Rechtsprechungsgeschichte sich abbildenden politischen Geschichte dieses Landes bemüht ist, weiß um die letztliche Identität der die Entfaltung wie die Paralisierung von Demokratie und Rechtsstaat anstoßenden unsichtbaren Hand."

Auffallend ist die einseitige Zielrichtung dieser Urteilsschelte. Denn in direktem Gegensatz zur Befürchtung Ridders stehen andere Stimmen, welche sich kritisch zu Tendenzen des BVerfG äußern, die eindeutig eine Erweiterung des Kompetenzbereiches erkennen lassen⁴⁾. Den Vorwürfen Ridders kommt aber gerade in jüngster Zeit wieder neue Aktualität zu. Denn solange das Rechtsinstitut der VB lediglich Ausfluß des jeweiligen Wortlauts des BVerfGG war, konnte seine Verfahrensausgestaltung bestenfalls gegen einfaches Gesetzesrecht verstoßen. Seit der im Jahre 1969 erfolgten nachträglichen Verankerung der VB im Grundgesetz stellt sich aber die weitergehende Frage, ob die gesetzliche Ausgestaltung der VB und (oder) deren Anwendung durch das BVerfG nicht die Verfassungsgarantie des Art. 93 I Nr. 4 a GG verletzt, wonach jedermann, der Grundrechtsverletzungen geltend macht, ein subjektives Recht auf eine verfassungsgerichtliche Entscheidung hat. Denn es ist unstreitig, daß

1) Ridder, a.a.O., S. 378, r.Sp.

2) Ridder, a.a.O.

3) Ridder, NJW 1972, S. 1691, r.Sp., unter Bezugnahme auf Geiger, welcher der VB in vergleichbaren Fällen wie der nationalsozialistischen Machtergreifung für die Zukunft eine entscheidende Rolle zugesprochen hat.

4) Vgl. hierzu Menger, VerwArch Bd. 67 (1976), S. 311; Zuck, Jus 1975, S. 695 ff.

Art. 93 I Nr. 4 a GG nicht lediglich eine Organisationsnorm darstellt, sondern dem Bürger einen Rechtsanspruch einräumt¹⁾. Damit ist die Verfassungsmäßigkeit der durch das BVerfG entwickelten relativen Subsidiarität, wonach der BF vor Erhebung der VB zunächst sämtliche prozessualen Möglichkeiten aller Fachgerichte erschöpft haben muß, von der Frage abhängig, ob diese verfahrensrechtliche Einschränkung durch den Vorbehalt des Art. 94 II 2 GG gedeckt ist.

Bereits vor Aufnahme der VB in das GG durch Einfügung der Art. 93 I Nr. 4 a u. 94 II 2 GG²⁾ gab es im Zusammenhang mit dem Organstreit und der Normenkontrolle nach Art. 93 I Nr. 1 u. Nr. 2 eine Diskussion ähnlichen Inhalts. Damals wurden an der durch das BVerfGG getroffenen Regelung dieser beiden Rechtsinstitute verfassungsrechtliche Bedenken angemeldet.

Beim Organstreit nach Art. 93 I Nr. 1 GG, §§ 13 Nr. 5, 63 f. BVerfGG entscheidet das BVerfG nach dem Willen der Verfassung über die Auslegung des GG, nach dem Willen des BVerfGG über die Verfassungsmäßigkeit einer Organhandlung und nur fakultativ über die Auslegung des GG (§ 67 BVerfGG). Nach Bogs³⁾ sei der Bundesgesetzgeber aber weder von Art. 93 II noch von Art. 94 II GG dazu ermächtigt worden, den Entscheidungsgegenstand von Organstreitigkeiten zu verändern; eine Änderung des BVerfGG sei überfällig.

Bei der abstrakten Normenkontrolle nach Art. 93 I Nr. 2 GG, §§ 13 Nr. 6, 76 Nr. 1 BVerfGG muß einer der Antragsberechtigten die Norm nach der einfachen gesetzlichen Regelung für nichtig halten, dagegen genügt es nach dem Wortlaut der Verfassung, wenn er Zweifel hegt, bzw. wenn Meinungsverschiedenheiten bestehen⁴⁾. Dem BVerfG bzw. dem einfachen Gesetzgeber wurde jegliche Kompetenz

1) Von Bally, Diss.S. 120; Schmidt-Bleibtreu, in: Maunz / Schmidt-Bleibtreu u.a., BVerfGG, Rdn. 16 zu § 93; vgl. auch Sailer, ZRP 1977, S. 306, sub II.

2) Durch das Gesetz zur Änderung des GG v. 29.1.1969, BGBl I, S. 97.

3) Verfassungskonforme Auslegung, S. 143 f.

4) Vgl. hierzu Babel, Probleme der abstrakten Normenkontrolle, S. 61 ff.; Goessl, Organstreitigkeiten, S. 77 f.; Schumann, Verfassungs- und Menschenrechtsbeschwerde, S. 71 f.; Zemsch, Verfahrenautonomie, S. 62 f.

abgesprochen, aus dem GG begründete Zuständigkeiten zu beschränken. Art. 93 II GG ermächtigt den Bundesgesetzgeber nur zur Begründung zusätzlicher Kompetenzen¹⁾. Dieser Regelung komme lex-specialis-Qualität im Verhältnis zu Art. 94 II GG zu. Diese verfassungsrechtliche Beschränkung solle verhindern, daß der einfache Gesetzgeber nicht über Art. 94 II GG Kompetenzen beschneidet und damit Art. 93 II GG, der nur die Eröffnung zusätzlicher Kompetenzen vorsehe, aushöhle²⁾.

Die Diskussionsbeiträge zur Frage der Verfassungsmäßigkeit des Organstreitverfahrens und der abstrakten Normenkontrolle nach dem BVerfGG können unmittelbar aber nicht bei der Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit des durch das BVerfG entwickelten Grundsatzes der Subsidiarität herangezogen werden. Denn zum einen erfolgte die nähere Konkretisierung des Grundsatzes der Subsidiarität der VB nicht durch den einfachen Gesetzgeber, sondern durch das BVerfG. Bei der Beschreibung des Institutes der VB hat der Gesetzgeber im Gegensatz zum Organstreitverfahren und der abstrakten Normenkontrolle in Art. 93 I Nr. 4 a GG und § 90 I BVerfGG identische Formulierungen gebraucht. Zum anderen wurde Art. 94 II GG gleichzeitig mit der Aufnahme der VB in das GG um den Gesetzesvorbehalt des Satzes 2 erweitert.

Vorliegend geht es um die Frage, ob sich die Rechtsprechung des BVerfG bei der Weiterentwicklung des Grundsatzes der Subsidiarität der VB noch in den durch Art. 94 II 2 GG festgelegten Grenzen hält und ob über Art. 94 II 2 GG überhaupt - bzw. in der durch das BVerfG vorgenommenen Intensität - eine Beschneidung des durch Art. 93 I Nr. 4 a GG gewährten Institutes der VB rechtmäßig ist.

Die Frage der Verfassungskonformität des Grundsatzes der Subsidiarität des BVerfG wurde - soweit ersichtlich - noch nicht erörtert. Lediglich bei dem "besonderen Annahmeverfahren" nach Art. 94 II 2, 2. Alt.GG und § 93 a BVerfGG, das gleich-

1) Stern, in: BK, Rdn. 107 zu Art. 94 GG.

2) Zembsch, a.a.O., S. 63 f.

zeitig mit dem Erfordernis der vorgängigen Rechtswegerschöpfung Eingang in das Grundgesetz fand, wurden Zweifel laut, ob durch diese vorgeschaltete Verwerfungsmöglichkeit das verfassungsrechtlich garantierte Institut der VB nicht in unzulässiger Weise eingeschränkt würde¹⁾. Es wurde auf die Gefahr hingewiesen, daß die verfassungsrechtlich gewährleistete VB durch zu strenge Maßstäbe bei der Vorprüfung ausgehöhlt und damit im praktischen Ergebnis wieder eliminiert werden könnte²⁾. Art. 94 II 2 GG biete keine Ermächtigung, das Annahmeverfahren zu einem engmaschigen Filter auszugestalten, in dem begründete VBen deshalb hängenblieben, weil dem BF kein schwerer Nachteil entstünde. Löw³⁾ bemerkt unter der provozierenden Fragestellung: "Ist die Mehrzahl der Entscheidungen des BVerfG verfassungswidrig?", das GG wolle in Art. 94 II 2, 2. Alt.GG nicht mit der Linken rückgängig machen, was es mit der Rechten in Art. 93 I Nr. 4 a GG gewährt habe.

II. Das Spannungsverhältnis zwischen Art. 93 I Nr.4a u. 94 II 2, 1. Alt.GG

Dieses durch das Vorprüfungsverfahren verursachte Spannungsverhältnis besteht ebenso zwischen dem Erfordernis der vorgängigen

1) Dietlein, DVBl 1971, S. 131, sub VI.; Löw, DVBl 1973, S. 943 f., sub 6.; Rupprecht, NJW 1971, S. 171, sub 5.; vgl. auch von Bally, Diss. S. 122 ff., der auf S. 126 f. darauf hinweist, daß der Grundsatz der Subsidiarität "vom einfachen Gesetzgeber wohl nicht ohne weiteres" hätte geschaffen werden können, wenn diese Möglichkeit nicht durch die Verfassung selbst ausgelegt worden wäre. Die Frage aber, ob die Weiterentwicklung des Grundsatzes der Subsidiarität der VB durch das BVerfG ebenfalls noch innerhalb der verfassungsrechtlich zugestandenen Grenzen liegt, findet dort keine Erörterung.

2) Dietlein, a.a.O.; so auch Leibold, Diss. S. 35, zur Subsidiarität der VB, ohne jedoch auf verfassungsrechtliche Aspekte einzugehen, was bei seiner These nahegelegen hätte und Ridder, JZ 1968, S. 379, r.Sp., dem dieser Vorwurf nicht gemacht werden kann, da dessen Ausführungen aus einer Zeit vor Aufnahme der VB in das GG stammen.

3) a.a.O.

Rechtswegerschöpfung nach Art. 94 III 2, 1. Alt.GG und der das Institut der VB verfassungsrechtlich garantierenden Norm des Art. 93 I Nr. 4 a GG. Verstärkt wird dieses Spannungsverhältnis noch durch die sehr enge Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffes "vorheriger Erschöpfung des Rechtsweges" in Art. 94 II 2, 1. Alt.GG durch das BVerfG.

Einen bis ins Detail konkret vorgezeichneten Weg zur Lösung dieses Spannungsverhältnisses bietet der Verfassungstext nicht. Dies ist auch nicht die Aufgabe der Verfassung als Grundordnung einer Mannigfaltigkeit politischen und gesellschaftlichen Lebens¹⁾. Das hat zur notwendigen Folge, daß Verfassungsrecht häufig nicht fertig anwendbar ist. Bei den Verfassungssätzen handelt es sich meist um Normen von "generalklauselähnlicher Weite" und "strukturell-dynamischer Offenheit"²⁾, bei denen der normative Gehalt im Normtext nicht immer vollständig zum Ausdruck kommt³⁾. Bestimmungen wie Art. 22 GG: "Die Bundesflagge ist schwarz-rot-gold", sind selten⁴⁾. Der ausgreifend formulierte und damit notwendig unbestimmte Gehalt des GG ist auf Konkretisierung und Individualisierung durch Gesetzgebung und Rechtsprechung in weit höherem Maße angewiesen als etwa die einfachen parlamentarischen Gesetze auf den Verwaltungsvollzug⁵⁾.

Durch einfaches parlamentarisches Gesetz wurde das Erfordernis der "Erschöpfung des Rechtsweges" in Art. 94 II 2, 1. Alt.GG nicht näher konkretisiert. Vielmehr hat das GG die bereits früher im BVerfGG institutionalisierte VB, wozu der einfache Gesetzgeber durch die Kompetenzzuweisung der Art. 93 II u. 94 II GG ermächtigt war, in pauschaler Form übernommen. Es besteht hier nicht nur ein enger Normierungszusammenhang zwischen GG und BVerfGG⁶⁾, sondern die jeweiligen Normprogramme⁷⁾ decken sich.

1) Stern, Staatsrecht Bd. 1, S. 104.

2) Majewski, Auslegung der Grundrechte durch einfaches Gesetzesrecht?, S. 42.

3) Majewski, a.a.O., S. 51.

4) Stern, a.a.O., S. 104.

5) Ehmke, VVDStRL Bd. 20 (1963), S. 68 f.; Kirchhof, BVerfG u. GG Bd. 2, S. 74, sub III.

6) Vgl. Bogs, Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen, S. 143.

7) F. Müller, Juristische Methodik, S. 61, 107, 117 ff.

Die nähere Ausgestaltung der "Erschöpfung des Rechtsweges" war bereits zur damaligen Zeit durch die Spruchpraxis des BVerfG erfolgt. Dies lag auch in der Absicht des einfachen Gesetzgebers, da er das BVerfGG bewußt zur weiteren Regelung durch das BVerfG lückenhaft kodifiziert hatte. Allerdings sollte diese nähere Ausgestaltung der Verfahrensregeln nur innerhalb der durch das BVerfGG gesetzten Grenzen erfolgen.

Nach der Rezeption der VB in das GG kann nun nicht mehr anhand des einfachen Gesetzes nach § 90 BVerfGG überprüft werden, ob das BVerfG den von ihm entwickelten Grundsatz der Subsidiarität der VB in fehlerfreier Gesetzesauslegung ermittelt hat. Die Auslegung hat nunmehr unmittelbar aus dem GG zu erfolgen, da die Verfassung vorrangiger Kontext der einzelnen Gesetzenormen ist¹⁾.

a) Anmerkungen zur Methode der Verfassungsinterpretation

Das Gebot der Normkonkretisierung²⁾ stellt sich im Verfassungsrecht im Vergleich zu anderen Rechtsdisziplinen mit besonderem Nachdruck³⁾. Denn zum einen sind die Normen der Verfassung zwangsläufig breit und blankettartig formuliert, zum anderen kann Verfassungsinterpretation im Gegensatz zu der einfacher Gesetze nur bedingt in der Ermittlung eines der Verfassung vorgegebenen objektiven oder subjektiven Willens bestehen, da ansonsten etwas nachvollzogen würde, was nicht real präexistiert ist⁴⁾. Die Verfassung ist nämlich durch höhere Instanzen innerstaatlichen Rechtes nicht mehr getragen. Sie hat vielmehr die Aufgabe, alles innerstaatliche Recht von unterverfassungsmäßigem Rang abzusichern⁵⁾.

Über die Methode der Verfassungsinterpretation wie überhaupt in

1) Zippelius, BVerfG u. GG, Bd. 2, S. 109.

2) Die terminologische Frage, ob man auch hier wegen des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraumes von "Konkretisierung" sprechen sollte, ist ohne großen Belang; vgl. Zippelius, BVerfG u. GG, Bd. 2, S. 110, N. 3.

3) F. Müller, Juristische Methodik, S. 78.

4) Hesse, Grundzüge, S. 23.

5) F. Müller, Juristische Methodik, S. 79.

der juristischen Interpretationslehre¹⁾ bestehen grundlegende Meinungsverschiedenheiten²⁾. Nach Böckenförde³⁾ können in der gegenwärtigen Auseinandersetzung um die Verfassungsinterpretation 4 relevante Methodenpositionen ausgemacht werden: Die von Forsthoff von neuem geforderte und vertretene klassisch-hermeneutische Methode⁴⁾, die in mehreren Variationen auftretende topisch-problemorientierte Methode⁵⁾, die wirklichkeitswissenschaftlich orientierte Verfassungsinterpretation im Sinne Smends⁶⁾, die hermeneutisch-konkretisierende Auslegungsmethode, wie sie (in unterschiedlicher Auslegung) von Hesse und F. Müller vertreten wird⁷⁾.

Ein Versuch, Gesichtspunkte für die Überlegenheit einer speziellen Verfassungsinterpretationsmethode zu sammeln, würde den Gegenstand der vorliegenden Untersuchung sprengen. Dies ist auch nicht erforderlich, denn "entgegen allen Höhenflügen in der Vergangenheit"⁸⁾ wurde die Aufgabe der Jurisprudenz, die unter den interpretierenden Wissenschaften als praktisch angewandte eine Sonder-

- 1) Nachdem in der Weimarer Zeit die Interpretationsdiskussion vom Verfassungsrecht her entscheidende Anregungen erhielt, hat sich ihr Schwerpunkt heute auf das Zivilrecht verlagert, vgl. Ehmke, VVDStRL 20 (1963), S. 53 f., m.w.N. in N. 2 u. 4.
- 2) Vgl. Böckenförde, NJW 1976, S. 2089 u. Schmelter, a.a.O., S. 74f.
- 3) a.a.O., S. 2090.
- 4) Vgl. Forsthoff, in: Schmitt-Festschrift, S. 35 ff.; ders., Rechtsstaat im Wandel, S. 130 f.
- 5) Vgl. etwa Ehmke, a.a.O., S. 53 f.; Häberle, JZ 1975, S. 279 ff.; Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung, §§ 41 - 44 (S. 157-166); Scheuner, VVDStRL 22 (1966), S. 61 f.; zur historischen Erklärung der Topik, vgl. Diederichsen, NJW 1966, S. 697 f.; in den antiken Rhetorenschulen mußte der Redner in der sogenannten Inventio Gesichtspunkte sammeln, auf die er sich zur Problemlösung beziehen konnte. Zur Erleichterung wurden hierfür Sammlungen von Allgemeinplätzen, gängigen Argumenten, bekannten Zitaten und als lehrreich angesehenen Beispielen aufgestellt, die Topoi oder (in der lat. Form) loci genannt wurden. Nach Esser, Grundsatz und Norm, S. 44, sind Topoi pragmatische Gesichtspunkte materialer Gerechtigkeit bzw. "rechtspolitischer Zielsetzung", die auf einen geschlossenen Ableitungszusammenhang verzichten und das Problem von seinem scheinbar isolierten Sein "offen" von den allgemein anerkannten Sätzen der Vernunft her angehen.
- 6) Staatsrechtliche Abhandlungen, S. 188 ff.
- 7) Hesse, Grundzüge, § 2; F. Müller, Juristische Methodik; ders., Enzyklopädie der geisteswissenschaftlichen Arbeitsmethoden, S. 127 ff.
- 8) So Majewski, a.a.O., S. 62.

stellung einnimmt, auf den ihr zukommenden Stellenwert zurechtgerückt. Sie hat Hilfsgesichtspunkte für eine sachgerechte praktische Lösung zu finden. Dabei entscheidet allein, was im konkreten Fall über die Struktur von Norm und Normativität, des Entscheidungsprozesses und des Darstellungsvorganges erarbeitet wird. Verallgemeinernde Selbstbezeichnungen einzelner Positionen deuten dabei nur Programme an¹⁾. Sie sind keine vom Positivismus zur Absolutheit erhobenen Größen mehr²⁾, sondern Hilfsmittel zur Erlangung einer sachgerechten Entscheidung, von denen die Methode den Vorzug verdient, die diesem Ziel am nächsten kommt³⁾. Die Rangfolge der einzelnen Methoden rückt demnach gänzlich in den Hintergrund⁴⁾. Sie kann bestenfalls in Grenzreichen Bedeutung erlangen, in denen die unterschiedlichen Interpretationsmethoden tatsächlich auch zu unterschiedlichen Ergebnissen führen können.

Sämtliche Auslegungsregeln sind - für sich allein genommen - problematisch. Ihnen kommt auch lediglich indizielle Bedeutung zu. Denn maßgeblich ist nur die Konzeption der Verfassung selbst. Diese kann aber nur dann umfassend ermittelt werden, wenn im Konkretisierungsverfahren alle Auslegungsmittel herangezogen werden⁵⁾. Denn unabhängig von dem jeweiligen methodologischen Standpunkt ist es die Aufgabe jeder Interpretationsmethode, das verfassungsmäßige "richtige" Ergebnis in einem rationalen und kontrollierbaren Verfahren zu finden, dieses Ergebnis rational und kontrollierbar zu begründen und auf diese Weise Rechtsgewißheit und Voraussehbarkeit zu schaffen⁶⁾. Jede Interpretationsmethode, die dieses Ziel anstrebt, bedeutet trotz aller Schwächen, die sie im einzelnen auch aufweisen mag, grundsätzlich eine Be-

1) F. Müller, Juristische Methodik, S. 78.

2) Vgl. hierzu Majewski, a.a.O., S. 62; Graf zu Pestalozza, Der Staat, Bd. 2 (1963), S. 449.

3) Hüttl, DVBl 1965, S. 62; Jesch, AöR Bd. 82 (1957), S. 163 ff.; Rupp, Grundfragen, S. 141; Zippelius, Wertungsprobleme, S. 79 ff.

4) Majewski, a.a.O., S. 62.

5) Stern, Staatsrecht, Bd. I, S. 114 f.

6) Hesse, Grundzüge, S. 21.

reicherung. Denn die richtige Interpretationsmethode kann nicht darin bestehen, "daß die einzelnen Erkenntnismittel lückenhaft und isoliert angewendet werden, sondern nur darin, daß sie lückenlos und kombiniert in den Dienst der Sinndeutung gestellt werden"¹⁾. Es ist deshalb auch zweitrangig, ob Kooperationstendenzen zwischen einseitig axiomatisch-deduktivem und topischem Vorgehen als "Dualismus" oder "Synthese" der wesentlichen Aspekte beider Methoden, als beide umschließende "Struktur" oder als "wechselseitige Durchdringung" der Interpretationslehre angesehen werden²⁾.

Das BVerfG macht sich ebenfalls sämtliche Interpretationsmethoden nutzbar, ohne sich auf eine methodische Aussage festzulegen, bzw. die herkömmlichen Interpretationsregeln näher zu präzisieren³⁾. Die in seiner Spruchpraxis jeweils befolgten Methoden wechselt es von Fall zu Fall, wobei es die gesamte Bandbreite zwischen axiomatisch-deduktivem Vorgehen bis zur topisch-diskutierenden Methode in Anspruch nimmt⁴⁾.

Getragen von der Erkenntnis, daß jeder Interpretationsmethode nur der Charakter eines Hilfselementes zukommt, soll die Untersuchung der Frage, ob durch den Grundsatz der Subsidiarität des BVerfG Art. 93 I Nr. 4 a GG in unzulässiger Weise ausgehöhlt wird, ihren Ausgangspunkt bei den klassischen "canones" oder "Elementen" Savignys nehmen⁵⁾. Dabei handelt es sich um grammatische, logische, historische und systematische Auslegungskriterien.

Savigny hat zwar seine Kunstregeln der Interpretation ausdrücklich nicht auf das Staats- und Verfassungsrecht bezogen. Seine Auslegungselemente sind jedoch auch in diesem Rechtsgebiet als Interpretationshilfen heranzuziehen, weil sie seine systemgegebenen Eigenschaften treffen⁶⁾.

1) Schmidt-Bleibtreu, in: Schmidt-Bleibtreu / Klein, GG, Einl., Rdn. 57.

2) F. Müller, Juristische Methodik, S. 78.

3) Vgl. Roellecke, BVerfG u. GG Bd. 2, S. 24 f.

4) Vgl. Böckenförde, NJW 1976, S. 2090, m.N. in N. 4.

5) Savigny hat seine Methode in dem grundlegenden Werk "System des heutigen Römischen Rechts", Bd. I, im Jahre 1840 formuliert.

6) Larenz, Methodenlehre, S. 149; F. Müller, Probleme der Verfassungsinterpretation, S. 249.

Unbestritten ist heute, daß die Methode Savignys verfeinerungsfähig ist¹⁾. Der Kanon wurde nachträglich erweitert um die Elemente der genetischen, komperativen und teleologischen Auslegung²⁾. Allseits anerkannt ist ebenfalls, daß diese Interpretationselemente zu kombinieren sind und nur das Ergebnis richtig sein kann, bei dem alle "canones" auf ihre Anwendbarkeit überprüft wurden³⁾.

1.) Grammatische Auslegung

Der Wortsinn läßt sich bei der Interpretation von Verfassungsnormen meist nicht zweifelsfrei ausmachen, da sich der Wortlaut, aus dem er abzuleiten wäre, in der Regel auf die Wiedergabe richtungsweisender Grundentscheidungen beschränkt⁴⁾. Das Defizit an Worten bedingt somit zwangsläufig ein Defizit an konkret verwendbarem Wortsinn.

So nimmt auch nicht wunder, daß sich aus der Formulierung des Art. 94 II, 1. Alt.GG nicht zwingend ergibt, daß "die vorherige Erschöpfung des Rechtsweges" die Ausschöpfung sämtlicher prozessualer Rügemöglichkeiten aller Fachgerichte erfordert⁵⁾. Sollte dieses Interpretationsergebnis dem Wortsinn der Vorschrift entsprechen, so fragt sich allerdings, weshalb der Gesetzgeber nicht eine eindeutiger sprachliche Regelung getroffen hat. Der Gesetzestext hätte dadurch keineswegs länger oder unverständlicher gefaßt werden müssen. Der durch das BVerfG sehr einschränkend gehandhabte Grundsatz der Subsidiarität wäre weit zweifelsfreier abgesichert worden, wenn in den Verfassungstext die "vorherige Ausschöpfung aller Rechtsbehelfe" anstatt die "vorherige Erschöpfung des Rechtsweges" aufgenommen worden wäre. Unter Beibehaltung des Charakters des Art. 94 II 1 GG als "Kann"-Regelung

1) Vgl. Schmelter, a.a.O., S. 77, m.w.N.; Stern, Staatsrecht, Bd. 1, S. 34 f.; Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung, S. 85ff.; F. Müller, Verfassungsinterpretation, S. 249 f.

2) Vgl. Stern, a.a.O.

3) Stern, a.a.O., S. 35; diese Aussage korrespondiert mit der oben getroffenen Feststellung, wonach allen Interpretationsmethoden eine Bedeutung für die Normkonkretisierung zukommt.

4) Siehe oben, S. 159.

5) Z.B. nicht nur die des gerade angerufenen Gerichts, vgl. die Zeugen-Jehova-Entscheidung, BVerfGE Bd. 22, 287 ff.

wäre auch nach wie vor eine ggf. unerwünschte endgültige Festschreibung des Rechtszustandes zu vermeiden gewesen. Bei der vorliegenden Gesetzesfassung könnte es ebenso gut vom Wortlaut her gerechtfertigt sein, den Rechtsweg dann schon als erschöpft anzusehen, wenn gegen die Entscheidung des Fachgerichtes Berufung und Revision nicht mehr gegeben sind.

Die grammatische Auslegung läßt vorliegend nur die Feststellung zu, daß Art. 94 II 2, 1. Alt.GG nicht in den Wortsinn des Art. 93 I Nr. 4 a GG hineinregiert und daß die strenge Handhabung der relativen Subsidiarität durch das BVerfG nicht eindeutig dem Wortsinn des Art. 94 II 2, 1. Alt.GG widerspricht.

Die relative Subsidiarität nach Art. 94 II 2, 1. Alt.GG schränkt den sprachlichen Tatbestand des Art. 93 I Nr. 4 a GG nicht unmittelbar ein. Das Erfordernis der Rechtswegerschöpfung wurde der Rechtsschutzform des Art. 93 I Nr. 4 a GG lediglich zeitlich vorgelagert, ohne daß der Betroffene während dieser Phase auf Grundrechtsschutz verzichten müßte. Denn die Grundrechte sind durch die Instanzgerichte ebenso zu achten wie durch das BVerfG.

Auch wird die Spruchpaxis des BVerfG zur relativen Subsidiarität noch durch den Wortlaut des Art. 94 II 2, 1. Alt.GG - als das wohl restriktivste Auslegungsergebnis¹⁾ - getragen. Denn zum einen haftet dem Wort "Erschöpfung" eine sehr extreme Bedeutung an. Zum anderen zwingt die Begriffswahl "des Rechtsweges" nicht zu dem Schluß, daß es sich dabei um einen einzigen Rechtsweg handeln muß. Ebenso gut kann damit der Rechtsweg schlechthin gemeint sein.

Abzulehnen ist deshalb die Ansicht R. Schneiders²⁾, wonach auf das "Zulässigkeitserfordernis der Ausschöpfung der Rügемöglichkeiten" die Regeln über das Gebot der vorgängigen Erschöpfung des Rechtsweges nur analog angewendet werden könnten. Denn von

1) Vgl. zu dieser Terminologie Canaris, a.a.O., § 10 (S. 22).

2) ZZP Bd. 79 (1966), S. 15, sub 1.

Analogie kann erst dann gesprochen werden, wenn der mögliche Wortsinn des Gesetzes überschritten wird¹⁾. Aus diesem Grunde bedarf es auch keiner Auseinandersetzung mit der heftig umstrittenen Auffassung Ehmkes²⁾, wonach auch über den Wortlaut eines Verfassungstextes hinausgegangen werden könne, "wenn er keinen Ansatzpunkt für eine sinnvolle Problemlösung bietet"³⁾.

Unabhängig vom methodologischen Standpunkt wird aber überwiegend die Meinung vertreten, daß Verfassungsauslegung aus rechtsstaatlichen Gründen nicht über die Grenze des möglichen Wortsinnes des Gesetzestextes hinausgehen dürfe⁴⁾. Nicht dagegen ist die Verfassungsauslegung durch den Normtext positiv determiniert, sodaß sich durchaus die Notwendigkeit seiner Eingrenzung aus anderen Interpretationselementen als nur den sprachlichen ergeben kann. Es war die nicht einlösbare Illusion des Gesetzespositivismus, daß die Falllösung ausschließlich aus dem Gesetzeswortlaut abgeleitet werden könnte, da die normative Anweisung im Normtext substantiell gegenwärtig sei⁵⁾. Wo die Verfassung einen ausfüllbaren Rahmen zwischen restriktiver oder extensiver Auslegung läßt, kann ihn der Gesetzgeber innerhalb des Wortlautes und Telos konkretisieren⁶⁾. Dasselbe Recht steht auch dem BVerfG zu, sofern das BVerfGG den durch die Verfassung vorgegebenen Rahmen nicht näher ausgestaltet hat. Denn auch der Richter braucht am Wortlaut der Norm nicht haltzumachen. Er kann sich zur Erfassung ihres Inhaltes die verschiedenen Auslegungsmethoden gleichzeitig und nebeneinander nutzbar machen⁷⁾.

1) Vgl. Canaris, a.a.O., S. 25, sub § 14.

2) VVDStRL, Bd. 20 (1963), S. 60.

3) Hier handelt es sich um einen seltenen Fall, in dem die unterschiedlichen Interpretationsmethoden tatsächlich zu verschiedenen Ergebnissen führen können.

4) Bogs, Die verfassungskonforme Auslegung, S. 67 ff.; Hesse, Grundzüge, S. 30 f.; F. Müller, Juristische Methodik, S. 85; Roellecke, BVerfG u. GG, Bd. 2, S. 25; Stern, in: BK, Rdn. 102 zu Art. 94 GG; Zippelius, BVerfG u. GG, Bd. 2, S. 115.

5) F. Müller, Juristische Methodik, S. 85.

6) Stern, in: BK, Rdn. 102 zu Art. 94 GG.

7) Roellecke, BVerfG u. GG, Bd. 2, S. 25.

Der grammatischen Auslegung kommt somit vorliegend lediglich eine Bestimmungswirkung zu. Wie in aller Regel entfaltet sie auch hier in "positiver" Richtung nur Indiz-, in "negativer" Grenzwirkung¹⁾. Innerhalb der durch den Normtext abgesteckten Grenzen ist somit mangels eindeutiger grammatischer Anhaltspunkte nach weiteren Konkretisierungsmerkmalen zu suchen.

2.) Systematische Auslegung

Die systematische Auslegung bezieht sich auf den Zusammenhang und die Stellung einer Rechtsvorschrift im Gesamtkomplex des Gesetzes oder der Rechtsordnung²⁾. Sie tritt ergänzend und fortführend neben die grammatische Interpretation³⁾.

Die äußere Systematik, d.h. die formale Stellung im Gesetz läßt den Rückschluß zu, daß Zusammengehöriges auch zusammenhängend geregelt wurde. Dagegen kann davon ausgegangen werden, daß der Gesetzgeber eine verschiedene rechtliche Behandlung auch gewollt hat, wenn er durch die Einteilung des Gesetzes Unterschiede gemacht hat⁴⁾.

Auf dieses Interpretationselement könnte sich die Kritik stützen, die befürchtet, durch Art. 94 II 2, 1. Alt.GG bzw. § 90 II 1 BVerfGG und insbesondere die restriktive Auslegung durch das BVerfG werde das durch Art. 93 I Nr. 4 a GG gewährte Institut der VB rückwirkend wieder eliminiert und damit im praktischen Ergebnis aus den Angeln gehoben⁵⁾. Denn wenn der Gesetzgeber eine Beschränkung der Zuständigkeit des BVerfG gewünscht haben sollte, hätte er dies sogleich an der Gesetzesstelle klarstellen können, an der diese begründet wurde.

1) Vgl. F. Müller, Verfassungsinterpretation, S. 250 f.

2) Stern, Staatsrecht, Bd. 1, S. 34, sub 2 II 3 b.

3) Larenz, Methodenlehre, S. 305.

4) Die Bedeutung der äußeren Gesetzssystematik darf allerdings nicht überschätzt werden, denn wichtiger ist der innere Bedeutungszusammenhang, das "Zusammenspiel" der Vorschriften zu einer sinnvollen Regelung; Larenz, a.a.O., S. 307.

5) Vgl. oben, S. 158, N. 1 u. 2.

Allein aus der Tatsache, daß der Gesetzgeber in Art. 93 I GG die einzelnen Zuständigkeiten des BVerfG aufzählt und daß mit dieser Vorschrift die Regelung der Verfassungsgerichtsbarkeit eingeleitet wird, kann auf ihre dominierende Stellung innerhalb dieses Themenkomplexes geschlossen werden. Verstärkt wird diese Bedeutung noch durch die Satzaussage des Abs. 2. Daneben wird das BVerfG "ferner in den ihm sonst durch Bundesgesetz zugewiesenen Fällen tätig"¹⁾. Art. 93 I GG wird wegen seiner besonderen Bedeutung auch als die "Magna Charta" des BVerfG bezeichnet²⁾.

Aus Art. 93 II GG ergibt sich der Schluß, daß die Zuständigkeitsregelung des Art. 93 I GG lediglich erweitert, nicht aber verkürzt werden darf. Eine andere Auffassung, die über Art. 94 II GG vorginge, würde dazu führen, daß durch den Verfassungsgeber nicht gewollte Zuständigkeitseinengungen eingeführt werden könnten³⁾. Diese Feststellung bezieht sich zweifelsfrei auf Einschränkungen durch den einfachen Gesetzgeber und die Rechtsprechung, sofern eine spezielle verfassungsrechtliche Ermächtigung hierzu nicht vorhanden ist.

Es kann auch nicht geleugnet werden, daß das in Art. 93 I Nr. 4 a GG beschriebene Institut der VB durch Art. 94 II 2, 1. Alt.GG und insbesondere dessen restriktive Interpretation durch das BVerfG eine Beschränkung seiner Zuständigkeit erfährt. Denn gäbe es den Grundsatz der relativen Subsidiarität, der seine Existenzberechtigung nur aus Art. 94 II 2, 1. Alt.GG herleiten kann, nicht, so könnte das BVerfG entsprechend dem Wortlaut des Art. 93 I Nr. 4 a GG sogleich bei Vorliegen einer Grundrechtsverletzung angerufen werden.

Es besteht somit ein Spannungsverhältnis zwischen Art. 93 I Nr. 4 a

1) Bedeutung hatte Art. 93 II GG ursprünglich z.B. für §§ 90 ff. BVerfGG vor Aufnahme des Art. 93 I Nr. 4 a GG in die Verfassung.

2) Schleich, ZZP Bd. 86 (1973), S. 232.

3) Goessl, Organstreitigkeiten, S. 77; Maunz, in: Maunz / Schmidt-Bleibtreu u.a., BVerfGG, Vorbem., Rdn. 33; Stern, in: BK, Rdn. 107 zu Art. 94 GG; Zembach, Verfahrensautonomie, S. 63; zu beachten ist, daß sich die Zitatstellen nicht unmittelbar auf das vorliegende Problem beziehen, da die Aussagen vor Aufnahme des Art. 94 II 2 GG in die Verfassung getroffen wurden.

und 94 II 2, 1. Alt.GG, bei dessen Lösung der zuständigkeitsbegründenden Norm des Art. 93 I Nr. 4 a GG aufgrund der äußeren Gesetzessystematik eine vorrangige Stellung zuerkannt werden könnte¹⁾. Dies könnte zur weiteren Folge haben, daß Art. 94 II 2, 1. Alt.GG entweder insgesamt, oder aber zumindest in der durch das BVerfG getroffenen Auslegung verfassungswidrig wäre. Dieses Ergebnis wäre zumindest dann wahrscheinlich, wenn sich die Verfassungsinterpretation der reinen systematischen Auslegungslehre in ihrer klassischen Form bedienen würde.

Die systematische Gesetzesauslegung wird jedoch im Bereich der Verfassungsinterpretation durch das übereinstimmend anerkannte Prinzip der Einheit der Verfassung modifiziert²⁾. Nach diesem Prinzip sind alle Verfassungsnormen so zu interpretieren, daß Widersprüche zu anderen Verfassungsnormen vermieden werden³⁾.

Dem Prinzip der Einheit der Verfassung liegt die Idee zugrunde, daß die Verfassung nicht ein Konglomerat zufällig aneinandergereihter Rechtssätze darstellt, sondern von einer Konzeption getragen ist, die ein geschlossenes Ganzes der Ordnung des Staats- und Gemeinschaftslebens bildet⁴⁾. Die Idee von der

- 1) Auch an anderer Stelle bestehen zwischen Normen und Prinzipien der Verfassung Spannungsverhältnisse, die es zu harmonisieren gilt. Die bekanntesten sind das Verhältnis zwischen Art. 21 u. 38 I GG, bzw. von Art. 21 u. 33 GG; vgl. Stern, Staatsrecht, Bd. 1, S. 108 f., m.N.
- 2) Durch das Prinzip der Einheit der Verfassung sind auch Gesichtspunkte innerhalb des Verfahrens systematischer Interpretation getroffen (so ausdrücklich F. Müller, Juristische Methodik, S. 170, sub 321.25); sie ist getreu der Terminologie von Larenz, Methodenlehre, S. 307, der "inneren Systematik", d.h. dem inneren Bedeutungszusammenhang, dem Zusammenspiel der Normen zu einer in sich sinnvollen Regelung, zuzuordnen.
- 3) Badura, BVerfG u. GG, Bd. II, S. 2; Ehmke, VVDStRL Bd. 20 (1963), S. 77 ff.; Häfelin, Schweizer Juristenverein Bd. 108 (1974), S. 88; Hesse, Grundzüge, S. 28, sub § 2 III 2.c (aa), der durch das "Prinzip der praktischen Konkordanz" noch eine weitere Untergliederung vornimmt; Leibholz/Rinck, GG, Einf., Rdn. 7; Majewski, a.a.O., S. 29; F. Müller, Juristische Methodik, S. 170 f.; Ossenbühl, DöV 1965, S. 654, N. 62; Schmidt-Bleibtreu, in: Schmidt-Bleibtreu / Klein, GG, Einl., Rdn. 56; Stern, Staatsrecht, S. 107, sub 8. a; Smend, Staatsrechtliche Abhandlungen, S. 259; Zippelius, BVerfG u. GG, Bd. 2, S. 109; BVerfGE Bd. 1, 14 ff., 32; 7, 198 ff., 205; 19, 206 ff., 220; 33, 23 ff., 27; 34, 165 ff., 183.
- 4) Stern, a.a.O.

Verfassung als lückenloses System hängt wohl mit der Erkenntnis zusammen, daß Verfassungsrecht als vorrangiger Kontext¹⁾, der durch höhere Instanzen innerstaatlichen Rechtes nicht mehr abgesichert ist²⁾, mehr als anderes Recht seine Plausibilität in sich selbst finden muß³⁾. Das Prinzip der Einheit der Verfassung dient somit der Festigung des Verfassungsrechtes und der Stellung des BVerfG, das durch diesen Grundsatz für die verbindliche Austa-rierung sich widersprechender Verfassungsnormen mit der hierzu erforderlichen Autorität ausgestattet wurde. Denn wenn die systematische Vernunft der Verfassung bezweifelt würde, müßte die Verbindlichkeit des GG aus anderen Prinzipien, wie etwa seiner demokratischen Legitimation, seiner Abstammung, seinem Alter, seiner Präzision etc⁴⁾, hergeleitet werden.

Aus dem Prinzip der Einheit der Verfassung folgt auch, daß Lückenprobleme bei der Interpretation auf Verfassungsebene im Gegensatz zu rangniederen Normen nicht mehr auftauchen können. Diese Aussage gilt unabhängig von der Tatsache, daß das BVerfG das GG ebenfalls als förmliches Gesetz versteht⁵⁾ und die Möglichkeit eines Irrtums seitens des Verfassungsgebers nicht leugnet⁶⁾. Denn jede Verfassungsnorm muß im Konfliktsfalle so ausgelegt werden, daß sie mit den elementaren Verfassungsgrundsätzen, welche die Verfassung zu einem lückenlosen System zusammenklammern, vereinbar ist⁷⁾.

1) Zippelius, BVerfG u. GG Bd. 2, S. 109.

2) F. Müller, Juristische Methodik, S. 79.

3) Roellecke, BVerfG u. GG Bd. 2, S. 33.

4) Vgl. Roellecke, a.a.O.

5) Vgl. BVerfGE Bd. 3, 223 ff., 230.

6) BVerfGE Bd. 3, 225 ff., 232.

7) Badura, BVerfG u. GG Bd. 2, S. 3; Roellecke, a.a.O., S. 32; Stern, a.a.O., S. 109; BVerfGE Bd. 1, 14 ff.; 32, 1 ff., 19; Ehmke, VVDStRL Bd. 20 (1963), S. 77, weist klarstellend darauf hin, daß diese Einheit nicht eine systematische oder werthierarchische Geschlossenheit bedeuten kann, sondern daß damit die Notwendigkeit gemeint ist, die Verfassung "jeweils als einen in sich sinnvollen, zwar vielseitigen und keineswegs spannungslosen, aber doch immer auf die Einheit des politischen Gemeinwesens gerichteten Ordnungszusammenhang zu interpretieren".

Auf dem Boden dieses Verfassungsverständnisses kann es somit keine Kollision zwischen den einzelnen positiven Verfassungsnormen geben. "Verfassungswidriges Verfassungsrecht"¹⁾ ist auf dieser Ebene nicht möglich. Dies wäre nur dann denkbar, wenn der Verfassungstext mit Normen in Widerspruch treten würde, denen bereits kraft ihrer genuinen Überpositivität Geltung zukommt. Die Notwendigkeit des Institutes der VB ergibt sich aber nicht schon aus überpositivem Recht. Seine Einführung stand im Belieben des Gesetzgebers.

Art. 94 II 2, 1. Alt.GG kann somit niemals eine unzulässige Beschränkung des in Art. 93 I Nr. 4 a GG gewährten Institutes der VB darstellen. Die systematische Interpretationsmethode, unterstützt durch das Prinzip der Einheit der Verfassung, läßt somit nur die Aussage zu, daß die Verfassung das Institut der VB nur in dem durch Art. 94 II 2, 1. Alt.GG eingegrenzten Zuständigkeitsrahmen gewährt. Eine positive Aussage dahingehend, ob die restriktive Auslegung des Art. 94 II 2, 1. Alt.GG durch das BVerfG ebenfalls noch in Konkordanz mit dem sachlichen Grundwertgehalt der "Magna Charta" des Art. 93 I Nr. 4 a GG steht, ermöglicht das systematische Auslegungselement jedoch nicht. Auch verbietet das Prinzip der Einheit der Verfassung, Art. 93 I Nr. 4 a GG gegenüber der zuständigkeitsbegrenzenden Regelung des Art. 94 II 2, 1. Alt.GG als vorrangig anzusehen, wodurch auf die Unzulässigkeit geschlossen werden könnte, den vorab zu erschöpfenden Rechtsweg nach Art. 94 II 2, 1. Alt.GG restriktiv auszulegen. Denn auf der Ebene der Verfassung als lückenlosem Rechtssystem kann es keine ranghöheren oder rangniederen Normen geben²⁾.

3.) Historisch-genetische Auslegung³⁾

Im Zusammenhang mit der historisch-genetischen Gesetzesauslegung

1) Vgl. hierzu Badura, BVerfG u. GG, Bd. 2, S. 3.

2) Stern, Staatsrecht, Bd. 1, S. 108; Roellecke, BVerfG u. GG, Bd. 2, S. 32; BVerfGE Bd. 3, 225 ff., 231.

3) Eine Gleichbehandlung dieser beiden Auslegungselemente ist angebracht, da sie in sehr engem Zusammenhang miteinander stehen. Die historische Auslegung bezieht sich auf die Überprüfung von Normvorläufern, die genetische zieht die Gesetzesmaterialien und die Entstehungsgeschichte heran; vgl. Schmelter, a.a.O., S. 92, N. 72.

stellt sich die Frage, ob für den Nachweis des in einer Verfassungsvorschrift zum Ausdruck kommenden objektivierten Willens des Verfassungsgebers¹⁾ der Entstehungsgeschichte überhaupt eine Bedeutung zugemessen werden kann. Zentrale Frage ist, ob ein Gesetz nach dem Willen des Gesetzgebers - subjektive Theorie²⁾ - oder nach dem Willen des Gesetzes - objektive Theorie³⁾ - auszulegen ist.

Das BVerfG hat betont, daß die Meinung einzelner, an der Gesetzgebung beteiligter Personen über Sinn und Bedeutung einer Norm für deren Auslegung nicht maßgebend sei⁴⁾. Es gelten die berühmten Worte Radbruchs, das Gesetz könne und müsse sogar klüger sein als sein Verfasser⁵⁾. Der Staat spreche nicht in den persönlichen Äußerungen der an der Entstehung des Gesetzes Beteiligten, sondern nur im Gesetz selbst. Der Wille des Gesetzgebers falle zusammen mit dem Willen des Gesetzes⁶⁾.

Unabhängig von diesen Aussagen hat das BVerfG aber dennoch wiederholt auch die Entstehungsgeschichte einer Norm zur Bestätigung einer anderweit gewonnenen Entscheidung herangezogen⁷⁾ oder sogar zu deren allein maßgebendem Kriterium gemacht⁸⁾. Roellecke⁹⁾

1) So die Terminologie des BVerfG, vgl. BVerfGE Bd. 1, 299 ff., 312; 8, 274 ff., 317; 10, 234 ff., 244; 11, 126 ff., 130.

2) Vgl. zum Ursprung und Inhalt der subjektiven Theorie: Keller, Kritik, S. 88; Enneccerus / Nipperdey, AT des BGB, S. 324; zur "Imperativ-Theorie" Germann, Methodische Grundfragen, S. 23 f.

3) Vgl. zur objektiven Erkenntnistheorie: Sauer, Juristische Elementarlehre, S. 18; Bartholomeyczik, Kunst der Gesetzesauslegung, S. 43 ff.

4) BVerfGE Bd. 6, 75; vgl. auch F. Müller, Probleme der Verfassungsinterpretation, S. 260, sub 1.4.

5) Radbruch, Rechtsphilosophie, S. 210 f.; vgl. auch BVerfGE Bd. 36, 342 ff., 362.

6) Radbruch, a.a.O.; BVerfGE Bd. 11, 126 ff., 129f.

7) Vgl. BVerfGE Bd. 4, 358 ff., 364; 11, 126 ff., 130; 21, 209.

8) Vgl. BVerfGE Bd. 2, 226 ff., 276; 4, 299 ff., 304; 9, 124 ff., 128.

9) BVerfG u. GG Bd. 2, S. 26.

weist zutreffend darauf hin, daß die Offenheit der methodischen Aussagen des BVerfG ambivalent ist, da die sogenannte "objektive" Theorie nicht objektiver als die "subjektive" ist, sondern nur den Sinn hat, die Autorität der Meinungen zu bestreiten, die im Gesetzgebungsverfahren geäußert wurden. Demnach ist die "objektive" Theorie unverbindlicher als die "subjektive", da sie einen häufig starken Konsens über frühere Tatsachen überspielen kann¹⁾. Indem das BVerfG die "objektive" Theorie in den Vordergrund stellt, ohne auf eine Heranziehung subjektiver Auslegungselemente zu verzichten, hält es sich einen weiten Entscheidungsspielraum für zukünftige Lösungswege offen²⁾. Diese Erkenntnis schützt vor einer vorschnellen irrigen Ansicht, durch subjektive Interpretationselemente werde eine bei Verwendung rein objektiver Auslegungselemente vermeidbare Rechtsunsicherheit geschaffen. Das Gegenteil ist der Fall, da die genetische Auslegung auch dort noch den Interpretenden bindende Daten liefert, wo die objektiven Interpretationsmethoden schweigen. Es muß somit auch hier – wie bei der grundlegenden Diskussion über die Methoden der Verfassungsinterpretation³⁾ – das Ergebnis gelten, daß Auslegungsmethoden keine vom Positivismus zur Absolutheit erhobenen Größen mehr sind⁴⁾, sondern Hilfsmittel zur Erlangung einer sachgerechten Entscheidung, von denen die Methode den Vorzug verdient, die diesem Ziel am nächsten kommt⁵⁾.

F. Müller⁶⁾ weist zutreffend darauf hin, daß die Fragestellung

1) Coing, Rechtsphilosophie, S. 307.

2) Vgl. auch Roellecke, a.a.O., S. 26, der darauf hinweist, daß ein stabiles Textverständnis die Entscheidungsmöglichkeiten des Gerichts einengt, wohingegen es durch ein relativ instabiles erweitert wird.

3) Vgl. oben S. 160 ff.

4) Vgl. Majewski, a.a.O., S. 62; Graf zu Pestalozza, Der Staat Bd. 2 (1963), S. 449.

5) Hüttl, DVBl 1965, S. 62; Jesch, AöR Bd. 82 (1957), S. 163 ff.; Rupp, Grundfragen, S. 141; Zippelius, Wertungsprobleme, S. 79ff.

6) Probleme der Verfassungsinterpretation, S. 261.

nach einander entgegengesetzten "subjektiven" und "objektiven" Aspekten die Probleme der Konkretisierung und des Verhältnisses der einzelnen Elemente zueinander nicht zu erfassen vermag¹⁾.

Bei der vorliegenden Untersuchung kann ohne Heranziehung subjektiver Elemente eine Lösung jedenfalls nicht gefunden werden. Denn die streng historisch ausgerichtete Auslegung, die sich lediglich auf den Vergleich mit Normvorläufern, d.h. objektiven Elementen beschränken würde, könnte bei der Frage, ob der Grundsatz der Subsidiarität in der durch das BVerfG ausgestalteten Form verfassungsmäßig ist, neben den bereits herangezogenen grammatischen und systematischen Auslegungselementen keine neuen Erkenntnisse bringen. Die sich nur auf die Überprüfung von Normvorläufern beziehende Auslegung versagt deshalb, weil der zunächst durch den einfachen Gesetzgeber im Rahmen der Kompetenzzuweisung des Art. 93 II GG für § 90 I u. II 1 BVerfGG gewählte Normtext nachträglich in nahezu identischer Form in die Verfassung aufgenommen wurde²⁾. Weitere Normvorläufer, die nähere Anhaltspunkte für eine Verträglichkeit des durch das BVerfG restriktiv gehandhabten Subsidiaritätsgrundsatzes mit Art. 93 I Nr. 4 a u. 94 II 2, 1. Alt.GG liefern könnten, sind nicht gegeben. Die nähere Ausgestaltung dieses Grundsatzes erfolgte ausschließlich in selbstschöpferischer Spruchpraxis durch das BVerfG.

Ohne Bezugnahme auf subjektive Elemente, d.h. Auswertung der Entstehungsgeschichte im weiteren Sinne und der Gesetzesmaterialien kann somit eine konkrete Stellungnahme zur Verfassungsmäßigkeit, bzw. -widrigkeit des Subsidiaritätsgrundsatzes des BVerfG nicht abgegeben werden. Die Vorstellung des Verfassungsgesetzgebers, die er bei Aufnahme der VB in das GG über die durch ihn zu treffende Regelung hatte, ist somit ebenfalls

1) Vgl. auch Majewski, a.a.O., S. 63, der beiden Theorien vorwirft, sie gingen von einem vorgefaßten Gesetzesverständnis aus, das die Lebenswirklichkeit, die es zu erfassen gelte, zur Randerscheinung mache. Bei ihrer konsequenten Anwendung könnten sie nicht einmal zu der Fragestellung kommen, ob die Entscheidung lebensnah sei, oder ob sie gewandelten Gesellschaftsstrukturen Rechnung trage.

2) Vgl. Art. 93 I Nr. 3 a u. 94 II 2, 1. Alt.GG.

zur Normkonkretisierung heranzuziehen.

Dabei ist der Umstand dienlich, daß bei der Schaffung von Verfassungsnormen in den seltensten Fällen grundlegende Neuschöpfungen entstehen. Vielfach verwendet der Verfassungsgesetzgeber Begriffe des Gesetzesrechtes oder der Rechtssprache. Diese bereits vor Aufnahme in die Verfassung entstandenen Rechtsbegriffe oder Rechtseinrichtungen bestimmen den Hauptinhalt einer Verfassungsaussage, wenn das GG eine Rechtsrealität in seinen Text aufnimmt¹⁾. Als Beispiel seien nur angeführt, das Eigentum in Art. 14 GG und der Begriff der Steuer in Art. 105 GG. Die Verfassung ist somit weitgehend traditionell vorgeprägt; sie besitzt typischen Rezeptionscharakter²⁾, der durch die Knappheit der Formulierung noch begünstigt wird³⁾. Auch das BVerfG berücksichtigt bei der Auslegung das "vorverfassungsmäßige Bild", von dem der Verfassungsgesetzgeber ausgegangen ist⁴⁾. Der Rückgriff auf ein "vorverfassungsmäßiges Gesamtbild" eines Bereiches der einfachen Rechtsordnung ist im übrigen nichts anderes als ein Unterfall historischer oder genetischer Auslegung⁵⁾.

Als vorverfassungsmäßiges Bild haben dem Verfassungsgesetzgeber bei Aufnahme der Art. 93 I Nr. 4 a u. 94 II 2, 1. Alt.GG nicht

1) Kirchhof, BVerfG u. GG Bd. 2, S. 73.

2) In der deutschen Rechtsgeschichte wird darunter der Vorgang der Aufnahme des römischen Rechtes in Deutschland im späten Mittelalter und zu Beginn der Neuzeit verstanden. Der Prozeß begann im 13.- und endete im 16. Jahrhundert. Als Ergebnis der Rezeption galt die Regel, daß gegenüber demjenigen, der sich auf römisches Recht berief, "habet fundatam intentionem", die Geltung entgegenstehender deutsch-rechtlicher Rechtssätze oder Gewohnheiten bewiesen werden mußte, sofern sie vorgehen sollten: Theorie vom Jus commune subsidiäre; vgl. Coing, Rezeption, in: Evangelisches Staatslexikon, Sp. 2214 f.

3) Majewski, a.a.O., S. 47.

4) BVerfGE Bd. 2, 380 ff., 403; 9, 89 ff., 96; vgl. hierzu auch Nawiasky, Rechtslehre, S. 137 f. u. ihm folgend den bayVerfGH Bd. 2 II 183 ff., 206; 4 II 251 ff., 276; 8 II 11 ff., 20.

5) F. Müller, Juristische Methodik, S. 174.

nur § 90 I u. II 1 BVerfGG, sondern ebenfalls der Grundsatz der Subsidiarität in der durch das BVerfG gehandhabten restriktiven Form vorgelegen. Die Entwicklung dieses Grundsatzes durch das BVerfG war in ihren grundsätzlichen Ausmaßen bereits vor dem 19. Gesetz zur Änderung des GG v. 29.1.1969¹⁾ abgeschlossen. Erwähnt sei nur die "Zeugen-Jehova-Entscheidung"²⁾ v. 17.10.1967, in welcher das BVerfG wohl die restriktivste Gesetzesauslegung gewählt hat. Die späteren Stellungnahmen seitens des BVerfG haben sich innerhalb dieses damals gesetzten Rahmens gehalten, allein schon deshalb, weil er in Richtung auf eine Zulässigkeitsbeschränkung wohl nicht mehr zu überbieten war. Dies gilt auch für die Zeit nach Aufnahme der VB in das GG.

Schwierigkeiten entstehen nun bei der Abwägung, wie weit das vorverfassungsmäßige Bild, welches durch die Spruchpraxis des BVerfG geschaffen wurde, bei Auslegung der aus dem BVerfGG rezipierten Verfassungsnormen der Art. 93 I Nr. 4 a u. 94 II 2, 1. Alt.GG zur Klärung von Fragen herangezogen werden darf, auf die der Verfassungstext selbst keine eindeutige Antwort gibt. Denn verfassungsmäßig kann die restriktive Handhabung der Subsidiarität der VB durch das BVerfG nur dann sein, wenn die Zuständigkeit des BVerfG durch Aufnahme der Regelungen über die VB in das GG nicht gegenüber dem vorverfassungsmäßigen Bild erweitert wurde. Es wäre nämlich unzulässig, die Verfassung im Nachhinein restriktiv in dem Sinne zu interpretieren, daß einmal gegebene Kompetenzen wiederum eingeengt und zurückgebunden würden. Daran haben sich sowohl das BVerfG als auch der einfache Gesetzgeber zu halten³⁾. Sollte aber das BVerfG durch Entwicklung des Grundsatzes der Subsidiarität das BVerfGG bereits vor Aufnahme der VB in die Verfassung in rechtswidriger Weise eingeschränkt

1) BGBl I, S. 97.

2) BVerfGE Bd. 22; 287 ff.

3) Vgl. Babel, Probleme der abstrakten Normenkontrolle, S. 62; Goessl, Organstreitigkeiten, S. 77 f.; Maunz, in: Maunz / Schmidt-Bleibtreu u.a., BVerfGG, Erl. § 1, Rdn. 33; Schumann, Verfassungs- und Menschenrechtsbeschwerde, S. 73, N. 24; Stern, in: BK, Rdn 104 zu Art. 94 GG.

haben¹⁾, so könnte diese einfache Rechtswidrigkeit durch formale Erhöhung auf die Ebene des Verfassungsrechtes umgeschlagen sein in eine unmittelbare Verfassungswidrigkeit. Dies wäre zumindest dann der Fall, wenn der Verfassungsgesetzgeber bei der Rezeption des § 90 I u. II 1 BVerfGG nur den Gesetzestext als vorverfassungsmäßiges Bild und nicht auch den durch das BVerfG entwickelten Grundsatz der Subsidiarität aufgegriffen hätte.

Vor einem unkritischen Rückgriff in niedere Normbereiche bei der Verfassungsinterpretation warnt in jüngster Zeit wieder Leisner²⁾, der eine strikte Einhaltung des "Normstufengedankens" fordert, dessen Durchführung "bis in das letzte" er als das große Verdienst der Wiener Schule Kelsens und Merkl's³⁾ würdigt⁴⁾. Die Normstufentheorie besagt, daß die niedere Norm ihre Existenzberechtigung nur aus dem logischen Vorrang einer existenten höheren Norm ableiten kann, da die Norm der höheren Stufe die der niederen "mehr oder weniger inhaltlich bestimmt"⁵⁾. Danach begründet eine Rezeption von unten die Gefahr, daß niederrangiges Recht von Prinzipien bis zu Einzelregelungen unkontrolliert in das Verfassungsrecht eindringe und die Grundrechte damit der Manipulation des Gesetzgebers - oder wie hier - der Rechtsprechung des BVerfG ausliefere⁶⁾. Die Verfassung in ihrer scheinbar am vollkommensten vollzogenen Verrechtlichung schlage so antithetisch in eine erstaunliche Herrschaft des Ausserrechtlichen um⁷⁾. Der Rückgriff auf die Verfassungssituation, hinter der sich ein Bündel niederrangiger und ausserrechtlicher Gehalte tarne,

1) Diese Ansicht vertritt z.B. Ridder, JZ 1978, S. 377 ff.

2) Gesetzmäßigkeit der Verfassung, S. 5 ff.

3) Vgl. hierzu auch Henke, Der Staat Bd. 3 (1964), S. 437 ff.

4) Leisner, Grundrechte und Privatrecht, S. 61.

5) Kelsen, Allgemeine Staatslehre, S. 233 f. u. S. 248 ff.

6) Leisner, Gesetzmäßigkeit der Verfassung, S. 48 ff.

7) Leisner, DÖV 1961, S. 642, 647.

erweise sich auch als gefährliches Einfallstor, die Verfassung auf den Gesetzgebungszustand, der zur Zeit des Normerlasses herrschte, zu zementieren¹⁾.

Die Normstufenlehre könnte somit dem Grundsatz der Subsidiarität des BVerfG entgegenstehen, da er sich nicht in dieser restriktiven Form aus der Verfassung ergibt, sofern bei der Auslegung ein Rückgriff auf das vorverfassungsmäßige Bild nicht zulässig wäre.

Das Normstufendenken ist in dieser überspitzten Form jedoch nicht haltbar²⁾. Es versagt z.B. bei der Erklärung, daß Gerichtsurteile trotz prozessualer oder sachlicher Mängel (z.B. Verstoß gegen höherrangige Normen) rechtskräftig werden können. Ebenso kann eine überspitzte Normstufentheorie, die den Geltungsgrund aller Normen aus der Grundnorm ableitet, den Fortbestand der unter ihr zusammengefaßten Normen bei Wechsel der Grundnorm nicht erklären³⁾. Leisner macht sogar selbst Abstriche von seiner These, da er im Einzelfall eine vorsichtige Rezeption von unten gestattet⁴⁾.

Unabhängig von der nicht näher zu vereinzelnden Frage, wann nach den Thesen Leisners eine vorsichtige Rezeption im Einzelfall zulässig sei, ist unbestritten, daß bei älteren Gesetzen der Wille des Gesetzgebers als Konkretisierungselement an Gewicht verliert⁵⁾. Diese Aussage wurde insbesondere bei der Frage getroffen, ob bei vorkonstitutionellen und somit unter Umständen in nicht -

1) Leisner, Gesetzmäßigkeit der Verfassung, S. 42.

2) Nicht soll allerdings geleugnet werden, daß die Verfassung vorrangiger Kontext der einzelnen Gesetzesnormen ist und dieser Gedanke üblicherweise in eine "Stufentheorie" des Rechts gekleidet wird; vgl. Bogs, Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen, S. 17 ff.; Göldner, Auslegung und Rechtsfortbildung, S. 46; Imboden, Festschrift für Huber, S. 138, 142; Michel, JuS 1961, S. 276; Schmidt-Salzer, DÖV 1969, S. 98; krit. Henke, Der Staat Bd. 3 (1964), S. 436 ff.

3) Vgl. Majewski, a.a.O., S. 23.

4) Leisner, Gesetzmäßigkeit der Verfassung, S. 64 f.

5) Ehmke, VVDStRL Bd. 20 (1963), S. 59 f.; Zippelius, BVerfG u. GG Bd. 2, S. 118, sub B.

demokratischem Verfahren entstandenem Recht der Entstehungsgeschichte und damit auch dem Willen des Gesetzgebers geringere Bedeutung zukomme¹⁾, was unbezweifelbar zu bejahen ist. Anders verhält es sich jedoch bei neueren Gesetzen. Hier ist das dem Gesetzgeber bei Erlass bewußt gewordene Vorstellungsbild oft unentbehrlich bei der Normenkonkretisierung²⁾. Die Legitimitätsgrundlage³⁾ des Gesetzes wird bei diesem Vorgehen auch nicht in früheren, vielleicht längst überholten Vorstellungen der Vergangenheit gesucht, sondern es leitet seine Autorität aus dem bestehenden Verständnis ab⁴⁾. Bereits während der ersten Beratung des von den Fraktionen der SPD und FDP eingebrachten Entwurfes zur Änderung des GG⁵⁾ anlässlich der 171. Sitzung des Bundestages⁶⁾ wies der Abgeordnet Schulte (SPD) darauf hin, es sei Sinn der Gesetzesänderung, daß "die VB, dieses bedeutsame Rechtsinstitut, in die Verfassung aufgenommen und damit so fest, wie wir es überhaupt können, verankert wird". Dieses gesetzgeberische Ziel der "Verankerung der VB im GG" wurde während der weiteren Beratungen dann immer wieder hervorgehoben⁷⁾.

Die Aufnahme der VB in das GG stand in bewußtem Zusammenhang mit den Beratungen zur Notstandsverfassung. Danach war ausdrücklich vorgesehen, daß auch im Notstand das BVerfG weiter amtieren sollte, damit die Wahrung der Verfassung und ihrer Grundrecht ge-

-
- 1) Vgl. Michel, Jus 1961, S. 280 f.; Spanner, AÖR Bd. 91 (1966), S. 521.
 - 2) Vgl. Michel, a.a.O., S. 281, 1.Sp.
 - 3) Vgl. zu diesem Begriff Zippelius, a.a.O., S. 118, sub B.
 - 4) Vgl. hierzu auch Ehmke, a.a.O., S. 60; Schmidt-Bleibtreu, in: Schmidt-Bleibtreu / Klein, GG, Einl., Rdn. 55; das BVerfG hält ebenfalls bei neueren Gesetzen die Heranziehung der Entstehungsgeschichte für sachdienlich und unbedenklich, vgl. BVerfGE Bd. 1, 117 ff., 127.
 - 5) BT-Drucks. V/2677 v. 13.3.1968.
 - 6) Sten.Prot. der 171. Sitzung des BT v. 8.5.1968, S. 2909 f.
 - 7) Vgl. Die Rede des Abgeordneten Busse (FDP), Sten.Prot. der 171. Sitzung des BT v. 8.5.1968, S. 9209 f.; Schreiben des Präsidenten des BVerfG an den Vorsitzenden des RA des BT v. 26.4.1968 = Anlage 2 zum Prot. des RABT, 5. Wahlp.-12.Ausschuß-86. Sitz. v. 27.6.1968, S. 24 f.; Abgeordneter Dr. Reischl (SPD), Sten.Prot. der 201. Sitz.BT v. 4.12.1968, S. 10817; Abgeordneter Busse (FDP), ebenda, S. 10819.

sichert blieb¹⁾. Es schien deshalb geboten, die bisher nur im BVerfGG vorgesehene VB in das GG aufzunehmen²⁾, um jeden Versuch unmöglich zu machen, dieses Instrument wieder mit einfacher Mehrheit aus dem Gesetz herauszubringen³⁾.

Es kann somit festgestellt werden, daß die am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Persönlichkeiten die VB - soweit sie sich dazu äußerten - nur in ihrem Rang durch Aufnahme in die Verfassung erhöhen wollten. Ihre in der Praxis des BVerfG getroffene Ausgestaltung sollte aber beibehalten werden⁴⁾. Dieses Ergebnis wird noch durch ein weiteres Indiz aus der Entstehungsgeschichte gestützt:

Auf schriftliche Anfrage des Vorsitzenden des RABT v. 29.3.1968 übermittelte der Präsident des BVerfG diesem unter dem 26.4.1968⁵⁾ auf die Sitzung des Plenums des BVerfG v. 24.4.1968 den einstimmig beschlossenen Vorschlag zur Fassung der neu in das GG aufzunehmenden Passagen. Danach sollte die VB so in das GG eingefügt werden, wie sie bisher im BVerfG festgelegt war. Dies ist durch Übernahme des § 90 I BVerfGG unter Hinzufügung des Art. 20 IV GG auch geschehen. Als künftigen zweiten Satz in Art. 94 II GG wünschte das BVerfG den Text, der im späteren Gesetzgebungsverfahren auch mit gleichlautendem Wortlaut angenommen wurde. Sowohl der RABT als auch der mitberatende Innenausschuß befürworteten die Aufnahme der durch das BVerfG vorgeschlagenen Fassung⁶⁾. In der 3. Beratung des BT wies dann der Abgeordnete Dr. Reischl (SPD) nochmals ausdrücklich darauf hin, daß die Ver-

1) Vgl. Art. 115 g GG.

2) So ausdrücklich der schriftliche Bericht des RABT v. 15.11.1968, BT-Drucks. V 3506 -neu-; vgl. auch oben S. 179, N. 7 u. Maunz, in: Maunz / Dürig u.a., GG, Rdn. 64 zu Art. 93; Schmidt-Bleibtreu in: Maunz / Schmidt-Bleibtreu u.a., BVerfGG, Rdn. 5 zu § 93 a.

3) Vgl. Abgeordneter Dr. Reischl (SPD), a.a.O., der ausdrücklich feststellt, die VB habe sich "in der Praxis bewährt".

5) a.a.O.

6) Vgl. Abgeordneter Dr. Reischl (SPD) und Ministerialdirigent Dr. Lohse, in: RABT, 5. Wahlp.-12.Ausschuß- 26. Sitz. v. 27.6. 1968, S. 25.

fassungsänderung "auch den Wünschen des BVerfG selbst entspricht"¹⁾. Der Text sei mit dem BVerfG abgesprochen worden, "denn dieses Gericht ist es ja schließlich, das die Bestimmungen anwenden muß"²⁾. Es muß somit davon ausgegangen werden, daß der Gesetzgeber beabsichtigte, mit Hilfe des BVerfG den derzeitig bestehenden Regelungszustand der VB verfassungsrechtlich zu verankern. Deshalb kann dahinstehen, ob der bisher durch das BVerfG praktizierte Grundsatz der Subsidiarität mit dem BVerfGG - oder gar der Ermächtigungsgrundlage des Art. 93 II GG - ursprünglich übereinstimmte. Denn spätestens seit der Verankerung der VB in ihrer derzeitig durch das BVerfG gehandhabten Form im GG wurde er verfassungsrechtlich sanktioniert.

Die Notwendigkeit einer weitgehenden Zulässigkeitsbeschränkung der VB und somit der Zulässigkeit einer restriktiven Auslegung des zu erschöpfenden Rechtsweges war dem Verfassungsgesetzgeber auch bewußt. Denn der Abgeordnete Dichgans (CDU/CSU) wies in der dritten Beratung des BT eindringlich auf die drohende Überlastung des BVerfG und die damit verbundenen Gefahren hin³⁾. Er führte wörtlich aus⁴⁾: "Die Zahl der Verfahren muß drastisch vermindert werden. Wir können dem BVerfG nur raten, die Bestimmungen über die Annahme der Beschwerden - genau genommen sind es Bestimmungen über die Ablehnung der Beschwerden - sehr großzügig zu handhaben". Es lag somit nicht in der Absicht der am Gesetzgebungsverfahren Beteiligten, neben der Verankerung der VB in der bisher durch das BVerfG praktizierten Form eine Zuständigkeitserweiterung herbeizuführen. Der durch das BVerfG restriktiv gehandhabte Grundsatz der Subsidiarität entsprach dem Willen des Gesetzgebers⁵⁾.

1) Sten.Prot. der 201. Sitz. BT v. 4.12.1968, S. 10818.

2) Abgeordneter Dr. Reischl, a.a.O.

3) Vgl. Sten.Prot. der 201. Sitz. BT v. 4.12.1968, S. 10819 f.

4) a.a.O., S. 10820.

5) Im Ergebnis ebenso Erichsen, Staats- und Verfassungsgerichtsbarkeit Bd. 1, S. 15, der ausführt, daß Art. 93 I Nr. 4 a GG zwar das Institut der VB garantiere, aber nicht deren Sachentscheidungsvoraussetzungen selbst regele.

Ergebnis der historisch-genetischen Auslegung ist also, daß das BVerfG den Grundsatz der Subsidiarität in dieser restriktiven Form weiterhin handhaben kann, auch wenn sich die Berechtigung hierzu nicht zwingend aus dem Wortlaut des GG ergibt. Denn sein Inhalt ist wegen seines Rezeptionscharakters nach dem Willen des Verfassungsgesetzgebers geltendes Verfassungsrecht¹⁾.

Diese Feststellung erhebt nicht den Anspruch, daß die durch das BVerfG gewählte Form des Grundsatzes der Subsidiarität die einzige richtige Interpretation darstellt. Denn regelmäßig läßt der Auslegungsspielraum einer Verfassungsbestimmung eine Mehrzahl vertretbarer Auslegungs- und Konkretisierungsmöglichkeiten zu. Als "vertretbar" haben sie schon dann zu gelten, wenn sich nicht erweisen läßt, daß sie auf einer unrichtigen Interpretation beruhen²⁾.

4.) Teleologische Auslegung

Die teleologische Auslegung ist eine mehrdimensionale Methode, die nach den Wert- und Zweckprinzipien der Norm fragt³⁾. Sie stellt ein Sammelbecken subjektiv vermittelter Wertungen dar. Ihr kommt keine selbständige Bedeutung als Interpretationselement zu, da die vom "Sinn und Zweck" der Norm ausgehenden Wertungen nur unterstützend herangezogen werden können. Denn die letztlich nicht objektivierbaren Wertungen gelten nur dann, wenn sie mit Hilfe der übrigen Auslegungselemente belegt werden können⁴⁾.

Der Sinn und Zweck institutioneller Gewährleistungen durch die Verfassung besteht allgemein darin, bestehende Lebensformen oder Rechtsgestaltungen beständig zu erhalten und vor gesetzgeberischer Beseitigung oder Aushöhlung zu schützen⁵⁾. Diese allgemeine Feststellung deckt sich mit dem bereits durch die historisch-genetische Auslegungsmethode gewonnenen Ergebnis, wonach der Gesetz-

1) Vgl. auch Majewski, a.a.O., S. 51.

2) Zippelius, BVerfG u. GG Bd. 2, S. 112.

3) Stern, Staatsrecht Bd. 1, S. 35.

4) F. Müller, Juristische Methodik, S. 162, sub 321.122 u. S. 163, sub 321.124.

5) Scheuner, Festschrift für Scupin, S. 329.

geber die Absicht hatte, die VB in der durch das BVerfGG geschaffenen und das BVerfG näher ausgestalteten Form im GG zu verankern, um die Möglichkeit ihrer Beseitigung zu erschweren. Die lediglich unterstützende Funktion der teleologischen Auslegungsmethode wird hier besonders augenfällig, da sich als "Sinn und Zweck" der Norm nichts anderes ergibt, als vom Gesetzgeber mit ihrer Schaffung nachweislich beabsichtigt war.

Die teleologische Interpretationsmethode zieht neben normbezogenen Elementen auch solche verfassungs- oder gar allgemeinpolitischer Natur heran¹⁾. In diesem Bereich ist der Topos "in dubio pro libertate"²⁾ angesiedelt, welcher der restriktiven Anwendung des Subsidiaritätsgrundsatzes durch das BVerfG entgegenstehen könnte. Diesem Topos, dessen Geltung in abgewandelter Form im materiellen Strafrecht als Grundsatz "in dubio pro reo" unangefochten ist, wird teilweise auch im Verfassungsrecht der Rang einer Auslegungsmaxime zugesprochen³⁾. Besonders P. Schneider⁴⁾ hat diese Regel, die vereinzelt zur Lösung spezieller Probleme herangezogen wurde⁵⁾, verallgemeinert⁶⁾. Die Normen teilen sich in zwei Kategorien, die *leges speciales* einerseits und die *leges generales* andererseits⁷⁾. Das Verhältnis zwischen *lex generalis* und *lex specialis* erweise sich als Ausnahme - und damit als Spannungsverhältnis⁸⁾. Die Maxime "in dubio pro libertate"

1) Vgl. F. Müller, Juristische Methodik, S. 162, sub 321.122.

2) Vgl. Struck, Topische Jurisprudenz, S. 21, sub 9.

3) Vgl. Ossenbühl, DÖV 1965, S. 657, m.w.N. in N. 111.

4) Festschrift zum 100 jährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, Bd. 2, S. 265 ff. u. ders., Verfassungsinterpretation, S. 161, sub 6, e.

5) Vgl. Uber, Freiheit des Berufs, S. 27 f.; Wintrich, Festschrift für Apelt, S. 6, sub 2.

6) Vgl. auch Maihofer, nach dem aus "dem alles umgreifenden Vorrang der Freiheit" das oberste liberale Prinzip: "Im Zweifel für die Freiheit!" folge (Maihofer, Grundwerte Heute, S. 9), dem beim Zielkonflikt zwischen Freiheit und Sicherheit "nach dem politischen Prinzip: In dubio pro libertate!" die Freiheit vorzugehen habe (ders., a.a.O., S. 13 f.).

7) P. Schneider, Festschrift zum 100 jährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, Bd. 2, S. 267.

8) P. Schneider, a.a.O.

favorisiere die *lex generalis* gegenüber der *lex specialis*. Das heiße nichts anderes, als daß die *lex specialis* nur restriktiv ausgelegt werden drf¹⁾. P. Schneider führt dann noch Fleiner-Giacometti²⁾ an, nach deren Ansicht die Auslegung einer Spezialnorm überhaupt unzulässig sei. Der Maxime "in dubio pro libertate" komme im Geltungsbereich des GG besondere Bedeutung zu und sie erstrecke sich auch auf die Organisationsnormen³⁾.

Wenn diese Ansicht in ihrer allgemeinen Form gültig wäre, könnte die weitgehende Begrenzung der Zulässigkeit der in der *lex generalis* des Art. 93 I Nr. 4 a GG gewährten VB durch eine restriktive Handhabung der *lex specialis* des Art. 94 II 2, 1. Alt.GG dem "Sinn und Zweck" des Gesetzes widersprechen.

Es darf aber nicht verkannt werden, daß dem von P. Schneider und Maihofer als vorrangig eingestuft⁴⁾en Auslegungsprinzip "in dubio pro libertate" die Grundsätze "in dubio pro lege" oder "in favorem legis"⁵⁾ gegenüberstehen. Das Spannungsverhältnis dieser beiden Prinzipien kann nicht pauschal zu Gunsten der Gesetzesinterpretation gelöst werden, die dem Bürger "im Zweifel" den Rechtsanspruch einrumt⁶⁾. Denn das GG hat das Spannungsverhältnis zwischen Individuum und Gesellschaft nicht einseitig und ausschließlich zugunsten des Individualismus betont, sondern im Sinne der Gemeinschaftsbezogenheit der Person entschieden, ohne dabei deren Eigenwert anzutasten⁶⁾. Ehmke⁷⁾ weist darauf hin, daß bereits Hans Huber⁸⁾ das Prinzip "in dubio

1) P. Schneider, a.a.O., S. 268; aus der Sicht Schneiders bedeutet dies natürlich, daß die *lex specialis* nicht zu Lasten der *lex generalis* erweiternd ausgelegt werden drf^e.

2) Schweizerisches Bundesstaatsrecht, S. 81.

3) P. Schneider, a.a.O., S. 280.

4) Vgl. Roellecke, BVerfG u. GG Bd. 2, S. 44.

5) Wenn keine besonderen Gründe entgegenstanden, hat auch das BVerfG einmal dem Recht des Bürgers und ein anderes Mal dem Recht des Gesetzgebers den Vorrang gegeben; vgl. Roellecke, a.a.O., S. 44f.

6) Vgl. Ossenbühl, DÖV 1965, S. 658, 1.Sp.

7) VVDStRL Bd. 20 (1963), S. 86.

8) Garantie der individuellen Verfassungsrechte, S. 119 a.

pro libertate" als "ein Kunststück einer politisch angehauchten Theorie" genannt hat. Diese Aussage ist speziell im Hinblick auf die Thesen Maihofers aktuell, der ausdrücklich ebenfalls von einem "politischen Prinzip" spricht¹⁾. Die Auslegungsvermutung "zugunsten der Freiheit" entbehrt in der Verfassung auch einer verbindlichen Direktive; ihr fehlt nicht nur der stützende Halt, sondern sie gerät auch unkontrollierbar in die Gefahr, die Einheit der Verfassung preiszugeben²⁾. Der Einheit der Verfassung gebührt aber als unbestreitbar normbezogenes Element³⁾ der Vorrang gegenüber diesem methodologischen Element im weiteren Sinne⁴⁾. Stern⁵⁾ macht mit der provozierenden Frage: "Wer ist nicht für Freiheit?" deutlich, daß mit diesem erstrebenswerten Programm noch nicht die Existenz einer Vermutungsregel bei der Gesetzesauslegung belegt ist.

In engem Zusammenhang hierzu steht auch der weitere Topos: "Ausnahmen müssen eng ausgelegt werden"⁶⁾, welcher ebenfalls einer restriktiven Handhabung der Zulässigkeit der VB entgegenstehen könnte. Aber auch dieser Topos hat als methodologisches Element im weiteren Sinne dem unmittelbar normbezogenen methodologischen Element der "Einheit der Verfassung" als Prinzip der Verfassungsinterpretation zu weichen. Diese Vorzugsregel ist normativ. Sie ergibt sich aus der durch die Rechtsordnung statuierten Verfassungs- und Rechtsgebundenheit staatlicher Funktionsausübung⁷⁾.

Diesen methodologischen Elementen im weiteren Sinne, die das

1) Maihofer, a.a.O., S. 14.

2) Hesse, Grundzüge, S. 29, sub § 2 II 2 c, bb.

3) Siehe oben S. 169, N. 3 u. S. 170, N. 7.

4) Vgl. F. Müller, Juristische Methodik, S. 201, sub 332.22.

5) Staatsrecht Bd. 1, S. 109.

6) Vgl. Struck, a.a.O., S. 20.

7) F. Müller, a.a.O., u. Verfassungsinterpretation, S. 261 f.

hier gefundene Ergebnis nicht zu stützen vermögen, steht aber das ebenfalls nicht unmittelbar normbezogene rechtspolitische Element gegenüber, das den durch das BVerfG streng gehandhabten Grundsatz der Subsidiarität in vollem Umfange rechtfertigt¹⁾.

Aus Gründen der Rechtssicherheit dürfen nur ausnahmsweise formell rechtskräftige Entscheidungen von neuem in Frage gestellt werden. Das BVerfG soll entlastet werden, um seiner Aufgabe gerecht zu werden. Zunächst soll der Rechtsstreit durch die Instanzgerichte so erschöpfend wie möglich behandelt werden, damit das BVerfG die dort dargelegten Rechtsansichten kennenlernen kann. Nur ein kleiner Richterkreis soll über VBen entscheiden können, damit die Rechtsprechung im Grundrechtsbereich weitgehend einheitlich bleibt. Die Gefahr des Übergreifens des BVerfG in Bereiche des Gesetzgebers muß so gering wie möglich gehalten werden. Die Grundrechtsbeeinträchtigung soll im sach nächsten Verfahren behandelt werden, damit die Sach- und Rechts-ambiance gewahrt bleibt. Eine strenge Handhabung des Subsidiaritätsgrundsatzes dient einer exakten Abgrenzung der Zuständigkeit des BVerfG gegenüber den Instanzgerichten.

Diese Aspekte verfassungs- oder gar allgemeinpolitischer Art werden zum Teil durch die Enquete-Kommission Verfassungsreform²⁾, die ihren Schlußbericht am 2.12.1976 der Präsidentin des Deutschen Bundestages übergeben hat, bestätigt³⁾. Danach sollte über die bereits erfolgte Verankerung der VB im Grundgesetz hinaus auch eine Änderung des BVerfGG an die Zustimmung des Bundesrates gebunden werden⁴⁾. Der Wunsch, den bestehenden Zustand festzuschreiben und eine Abänderung noch stärker zu erschweren, wurde wiederum deutlich. Unter Punkt 7. des Problemerkataloges⁵⁾ wurde

1) Vgl. oben zweiter Teil, III. a. (S. 23 ff.).

2) Vgl. Schlußbericht der Enquete-Kommission Verfassungsreform des Deutschen Bundestages, BT-Drucks. 7/5924.

3) Vgl. auch Böckenförde, Cappenberger Gespräche Bd. 13, S. 49 u. Stern, ebenda, S. 61; ders., ZRP 1977, S. 17.

4) Vgl. BT-Drucks. 7/5924, S. 245, sub 3.

5) Vgl. Enquete-Kommission, a.a.O., S. 245.

auch noch die Möglichkeit einer Umformung des "Zwillings"-Gerichts zum "Einheits"-Gericht für erörterungswürdig befunden. Auch diese wünschenswerte Maßnahme zu noch größerer Vereinheitlichung der Verfassungsrechtsprechung im Bereich der Grundrechte läßt sich nur bei einer weitgehenden Eindämmung der großen Flut von VBen realisieren.

b) Zusammenfassung

Der durch das BVerfG entwickelte und sehr restriktiv gehandhabte Grundsatz der Subsidiarität der VB verstößt nicht gegen höherrangiges Recht. Die dem Bürger durch Art. 93 I Nr. 4 a GG gewährte VB wurde nicht mit Hilfe des Art. 94 II 2, 1. Alt.GG wiederum in unzulässiger Form beschnitten. Es sollte nur ein letztes Beschwerderecht in der durch das BVerfG praktizierten eingeschränkten Form gewährt werden.

Lebenslauf

Am 2.2.1947 wurde ich als Sohn des Musikers Franz Motzer und seiner Ehefrau Hermine in Kaufbeuren geboren. Ich habe die deutsche Staatsangehörigkeit. Am 4.11.1966 bestand ich die Reifeprüfung am humanistischen Gymnasium Adolphinum zu Moers. Seit dem Wintersemester 1966/67 studierte ich Rechts- und Staatswissenschaften an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster. Die erste juristische Staatsprüfung bestand ich vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht in Hamm am 1.9.1973. Die zweite juristische Staatsprüfung absolvierte ich am 27.8.1976 vor dem Landesjustizprüfungsamt in Nordrhein-Westfalen.

